Tomo 2

Enrique Varsi Rospigliosi

TRATADO DE DERECHOS REALES

Posesión y propiedad

UNIVERSIDAD DE LIMA • FONDO EDITORIAL

Tratado de derechos reales
Posesión y propiedad
Tomo 2

Enrique Varsi Rospigliosi

Tomo 2

Enrique Varsi Rospigliosi

TRATADO DE DERECHOS REALES

Posesión y propiedad

UNIVERSIDAD DE LIMA
SCIENTIA ET PRAXIS

FONDO EDITORIAL

Colección Investigaciones
Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad. Tomo 2
Primera edición digital: abril, 2019

© Universidad de Lima
Fondo Editorial
Av. Javier Prado Este 4600
Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100
Teléfono: 437-6767, anexo 30131
fondoeditorial@ulima.edu.pe
www.ulima.edu.pe

Diseño, edición y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Versión *e-book* 2019
Digitalizado y distribuido por Saxo.com Perú S. A. C.
https://yopublico.saxo.com/
Teléfono: 51-1-221-9998
Avenida Dos de Mayo 534, Of. 404, Miraflores
Lima - Perú

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISBN 978-9972-45-476-9

Índice

Introducción 15

Capítulo primero
Posesión 19

1. Generalidades 22
2. Antecedentes 23
   - 2.1 La posesión en la sociedad primitiva 23
   - 2.2 La posesión en Roma 24
   - 2.3 El sistema posesorio en el derecho germánico y la figura de la *Gewere* 24
   - 2.4 La posesión en el derecho canónico 24
3. Etimología 25
4. Concepto 26
5. Denominación 28
6. Definición 28
7. Características 29
8. Teorías 30
   - 8.1 Poder físico voluntario 31
   - 8.2 Poder físico 33
   - 8.3 Teoría mixta 35
9. Naturaleza jurídica 36
   - 9.1 Hecho 36
   - 9.2 Derecho 36
   - 9.3 Bien jurídico tutelado 37
   - 9.4 Derecho real provisional accesorio 37
   - 9.5 Actitud 37
   - 9.6 Derecho subjetivo 37
10. Importancia 38
11. Elementos 39

11.1 Sujeto 39
11.1.1 Formas de poseer en mérito del sujeto 40
11.1.2 Capacidad posesoria 41
11.2 Objeto 42
11.2.1 Bienes 42
11.2.2 Derechos 43
11.2.3 Universalidades 45
11.2.4 Estados civiles 45
11.2.5 Bienes que no pueden ser objeto de posesión 45
12. Fundamento de la protección posesoria 46
12.1 Teorías absolutas 46
12.2 Teorías relativas 47
12.3 Teorías mixtas 47
12.4 Otras teorías 47
13. Clasificación 47
13.1 Posesión *ad usucapionem* y *ad interdicta* 48
13.1.1 Posesión *ad usucapionem* 48
13.1.2 Posesión *ad interdicta* 48
13.2 Posesión legítima e ilegítima 49
13.2.1 Posesión legítima 49
13.2.2 Posesión ilegítima 49
13.3 Posesión de buena fe y de mala fe 49
13.3.1 Posesión de buena fe 50
13.3.2 Posesión de mala fe 52
13.4 Posesión mediata e inmediata 55
13.4.1 Mediación posesoria 58
13.4.2 Concurrencia de posesiones 58
13.5 Posesión en nombre propio y en nombre ajeno 63
13.5.1 Posesión en nombre propio 63
13.5.2 Posesión en nombre ajeno 63
13.6 Posesión viciosa y no viciosa 63
13.6.1 Posesión viciosa 63
13.6.2 Posesión no viciosa 64
13.7 Posesión continua y discontinua 64
13.7.1 Posesión continua 64
13.7.2 Posesión discontinua 64
13.8 Posesión precaria 65
13.9 Posesión exclusiva y coposesión 66
13.9.1 Posesión exclusiva 66
13.9.2 Coposesión 67

13.10 Posesión natural y posesión civil 67
13.11 Posesión causal y posesión formal 67
13.12 Posesión pública y posesión oculta 67
13.13 Posesión con justo título y sin justo título 68
13.14 Posesión trabajo, posesión social, posesión morada y posesión legitimada 68
14. Presunciones legales 69
14.1 Presunción de propiedad 70
14.1.1 Límites de la presunción 71
14.2 Presunción de posesión de derivados 72
14.2.1 De posesión de bienes accesorios 72
14.2.2 De posesión de bienes muebles 73
14.3 De buena fe del poseedor 73
14.4 De continuidad de la posesión 74
14.5 Presunciones no legisladas 75
14.5.1 Presunción de unidad de título 75
14.5.2 Presunción de no interrupción 79
14.5.3 Presunción de legitimidad 79
15. Efectos 80
15.1 Usucapión 80
15.2 Tutela posesoria 81
15.3 Frutos y productos 82
15.4 Mejoras 82
15.4.1 Derecho al reembolso y derecho de separación 83
15.4.2 Derecho de retención 83
15.4.3 Derecho de separación y prescripción del reembolso 83
15.4.4 Accesión de la posesión 83
15.4.5 Vicisitudes de la posesión 85
16. Derecho de posesión y derecho a la posesión 86
16.1 Derecho de posesión 86
16.2 Derecho a la posesión 86
17. Derechos del poseedor 87
17.1 Derechos generales 87
17.2 Derechos especiales 89
18. Obligaciones del poseedor 89
19. Adquisición 90
19.1 Adquisición derivada 91
19.1.1 Tradición real 94

19.1.2 Tradición ficta 94
19.2 Adquisición originaria 98
19.2.1 Aprehensión 99
19.2.2 Ocupación 100
19.2.3 Despojo 101
20. Conservación 101
21. Extinción 102
21.1 Por tradición 103
21.2 Por abandono 103
21.3 Por ejecución de resolución judicial 103
21.4 Destrucción total 104
21.5 Pérdida 105
21.6 Otras formas de extinción no contempladas 105
22. Limitación 106
23. Actos posesorios 107
24. Relaciones del sujeto con las cosas 108
24.1 Simple uso de las cosas 108
24.2 Yuxtaposición local 109
24.3 Servidor de la posesión 110
24.3.1 Antecedentes 110
24.3.2 Denominación 110
24.3.3 Concepto 110
24.3.4 Características 111
24.3.5 Tutela posesoria 114
24.3.6 Importancia 115
24.3.7 Determinación de los grados de la tenencia 115
24.3.8 Actos que inducen una posesión 115
24.3.9 Base legal 117
25. Ámbito 117
26. Posesiones especiales 118
27. Inscripción de la posesión 118
28. Función social de la posesión 119
29. Ubicación 121
29.1 Primero la posesión 121
29.2 Primero la propiedad 121
30. Regulación legal 122
30.1 Constitución 122
30.2 Código Civil 123
31. Diferencias y semejanzas con la propiedad 124
Referencias 124

Capítulo segundo
Propiedad 129

1. Generalidades 132
2. Antecedentes 132
   2.1 Derecho romano 133
   2.2 Derecho local 134
3. Etimología 135
4. Concepto 135
5. Denominación 137
6. Definición 138
7. Características 139
   7.1 Derecho real 139
   7.2 Exclusiva 139
   7.3 Absoluta 141
   7.4 Inviolable 143
   7.5 Interés social 143
   7.6 Perpetua 145
   7.7 Abstracción 146
   7.8 Elasticidad 147
8. Naturaleza jurídica 147
   8.1 Derecho real 148
   8.2 Derecho subjetivo 148
9. Importancia 149
10. Elementos 150
   10.1 Sujeto 150
      10.1.1 Concebido 151
      10.1.2 Persona natural 151
      10.1.3 Persona jurídica 151
      10.1.4 Ente no personificado 152
      10.1.5 Formas de determinación del sujeto 152
      10.1.6 Formas de ser propietario en mérito del sujeto 152
      10.1.7 Capacidad y legitimidad 153
   10.2 Objeto 153
      10.2.1 Bienes que no pueden ser objeto de propiedad 156
11. Atributos 157
   11.1 Uso 158
   11.2 Disfrute 159
   11.3 Disposición 160

11.3.1 *Ius abutendi* 162
11.4 Reivindicación 162
11.5 Facultades taxativas o enunciativas 163
11.6 Otras facultades no tratadas *expressis verbis* 165
12. Derecho de propiedad y derecho a la propiedad 166
12.1 Derecho de propiedad 166
12.2 Derecho a la propiedad 167
13. Derechos 167
13.1 Derecho a la posesión y derecho a poseer 167
13.2 Derecho de cercar 167
13.3 Derecho de deslinde y amojonamiento 167
13.4 Derecho de cortar ramas y raíces invasoras del predio 168
14. Obligaciones 168
15. Adquisición 168
15.1 Clasificación 169
15.1.1 A título universal o a título singular 169
15.1.2 Simples y complejos 170
15.1.3 Acto inter vivos o mortis causa. 170
15.1.4 Oneroso o gratuito 170
15.1.5 Originarios 170
15.1.6 Derivados 207
16. Extinción 216
16.1 Adquisición del bien por otra persona 217
16.2 Destrucción o pérdida total o consumo del bien 218
16.3 Expropiación 219
16.4 Abandono 220
16.5 Otras formas de extinción no contempladas 222
17. Tipos 223
18. Principios que consolidan la propiedad 226
18.1 Principio del uso de la propiedad en armonía con el interés social 226
18.2 Principio de garantía y defensa de la propiedad como derecho 230
18.3 Principio de libertad de enajenación 231
18.3.1 Prohibiciones legales a la libertad de enajenación 235
18.3.2 Limitaciones a la libertad de enajenación 236
18.4 Principio de extensión material de la propiedad 241
19. Restricciones 245

19.1 Restricciones legales 247
19.1.1 Limitaciones por razón de vecindad 249
19.1.2 *Ius usus innocui* 250
19.1.3 Actos de inmisión 253
19.1.4 Limitación por cuestiones ambientales 254
19.1.5 Por abuso del derecho 254
19.2 Restricciones convencionales 257
19.2.1 Pactos de restricción 258
19.3 Responsabilidad por razón de dominio 259
20. Desmembramiento de la propiedad 259
21. Inversión y derecho de propiedad 260
22. Regulación legal 262
22.1 Constitución 262
22.2 Código Civil 262
22.3 Normas internacionales 263
Referencias 265

Bibliografía general 273

Anexos 283
Anexo 1. Diferencias y semejanzas entre posesión y propiedad 283
Anexo 2. Diferencias y semejanzas entre posesión y tenencia 284

Introducción

No cabe duda de que en el derecho hay instituciones que a través de los años se han mostrado inalterables, sin mayor cambio, tal cual fueron planteadas *in limine*; una suerte de cenicientas legales que, pendientes de una reforma, se encuentran a la espera de un príncipe reformador. Se muestran encantadoras por fuera, bellas, jóvenes y lozanas, pero vetustas por dentro, deslucidas y viejas en el momento de aplicarlas a la realidad o de proyectarlas (hipotéticamente) a una situación futura. Para entenderlas tenemos, primero, que plantear una teoría propia, un desarrollo teórico que permita identificar su verdadera naturaleza, para de allí proponer algunos cambios o ajustes. En materia de posesión y propiedad podemos pecar planteando lineamientos *ante litteram*. Al parecer, todo se ha escrito, pero la verdad es que no todo —en nuestro medio— se ha teorizado orgánicamente ni, mucho menos, entendido en la extensión que merece. Esto es (justamente) lo que buscamos hacer: (re)escribir una teoría panorámica de los derechos reales que sirva de base para un estudio orgánico, metodológicamente planteado, que consolide la teoría del derecho civil peruano.

Esta investigación se refiere al análisis de los dos principales derechos reales: la posesión y la propiedad, y es la continuación de otra, denominada *Tratado de derechos reales. Teoría de los bienes,* publicada por el Fondo Editorial de la Universidad de Lima con el título *Tratado de derechos reales. Parte general.* Tomo 1 (2017).

En la presente investigación corresponde el desarrollo de dos de las principales instituciones de los derechos reales. Así, se comienza con el análisis sociojurídico de la posesión (poder de hecho) como derecho transitorio (temporal y momentáneo), para luego ingresar al desarrollo de la propiedad (poder de derecho) como derecho definitivo (permanente y total), instituciones ambas reconocidas como situaciones jurídicas de gran trascendencia en las relaciones jurídicas patrimoniales y protegidas por la

ley a través de mecanismos de defensa. El estudio se centra en un análisis dogmático y práctico, buscando interrelacionar las diversas teorías doctrinarias con el quehacer contemporáneo que estas figuras van teniendo. De esta manera, se analizan, a la luz de los nuevos principios de economía social de mercado, las normas del Código Civil y de las leyes complementarias, así como el tratamiento constitucional que en materia de derechos reales tenemos, cuidando de citar los criterios jurisprudenciales.

Acorde con la metodología utilizada en el tratado, partimos del análisis de los antecedentes, concepto, definición, características, naturaleza jurídica, elementos, clases, importancia, facultades, formas de adquisición y extinción, principios rectores, entre otros aspectos, tratando, a lo largo de la investigación, de realizar un estudio comparativo y aplicativo de la posesión y la propiedad, así como de su relación con las diversas figuras que conforman los derechos reales (usufructo, uso, habitación, servidumbre, superficie).

Los temas son tratados conforme a las transacciones contemporáneas del mercado, sin descuidar los antecedentes históricos que, desde ya, son de larga data. Se lleva a cabo un análisis legislativo, para luego confrontarlo con la doctrina nacional y extranjera moderna, así como con los más recientes planteamientos jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional peruano y con aquellos precedentes de observancia obligatoria dados por el Tribunal Registral de la Sunarp y que llegan a reconocer que la propiedad se exterioriza en la posesión.

Con esta investigación se pondrá a disposición de la comunidad jurídica, operativa y académica, una obra metodológica y técnicamente desarrollada, que analiza en forma pormenorizada la posesión y la propiedad desde la óptica del derecho privado (civil), sin descuidar el contenido de derecho público (administrativo).

Esta obra ha contado con la valiosa colaboración de mi jefe de prácticas Marco Andrei Torres Maldonado y de mi alumna Melisa Linares Paz Soldán, asistente de investigación del IDIC.

Dejo en sus manos la teoría de la posesión y la propiedad.

Enrique Varsi Rospigliosi

Lima, verano del 2017

Abreviaturas

Art. o art.	Artículo
Cas. o cas.	Casación
CNA	Código de los Niños y Adolescentes
CPC	Código Procesal Civil
Código del 52	Código Civil de 1852
Código del 36	Código Civil de 1936
DOEP	Diario Oficial *El Peruano*
D. S.	Decreto Supremo
D. Leg.	Decreto Legislativo
L.	Ley
LGS	Ley General de Sociedades
LPM	Ley de Garantía Mobiliaria
TUO	Texto Único Ordenado

Nota

Cuando en el presente libro se haga referencia al número de un artículo o se mencione solo la palabra Código, debe entenderse que la remisión es al Código Civil peruano.

Capítulo primero

Posesión

SUMARIO: 1. Generalidades. **2.** Antecedentes. **2.1** La posesión en la sociedad primitiva. **2.2** La posesión en Roma. **2.3** El sistema posesorio en el derecho germánico y la figura de la *Gewere*. **2.4** La posesión en el derecho canónico. **3.** Etimología. **4.** Concepto. **5.** Denominación. **6.** Definición. **7.** Características. **8.** Teorías. **8.1** Poder físico voluntario. **8.2** Poder físico. **8.3** Teoría mixta. **9.** Naturaleza jurídica. **9.1** Hecho. **9.2** Derecho. **9.3** Bien jurídico tutelado. **9.4** Derecho real provisional accesorio. **9.5** Actitud. **9.6** Derecho subjetivo. **10.** Importancia. **11.** Elementos. **11.1** Sujeto. **11.1.1** Formas de poseer en mérito del sujeto. **11.1.2** Capacidad posesoria. **11.2** Objeto. **11.2.1** Bienes. **11.2.2** Derechos. **11.2.3** Universalidades. **11.2.4** Estados civiles. **11.2.5** Bienes que no pueden ser objeto de posesión. **12.** Fundamentos de la protección posesoria. **12.1** Teorías absolutas. **12.2** Teorías relativas. **12.3** Teorías mixtas. **12.4** Otras teorías. **13.** Clasificación. **13.1** Posesión *ad usucapionem* y *ad interdicta*. **13.1.1** Posesión *ad usucapionem*. **13.1.2** Posesión *ad interdicta*. **13.2** Posesión legítima e ilegítima. **13.2.1** Posesión legítima. **13.2.2** Posesión ilegítima. **13.3** Posesión de buena fe y de mala fe. **13.3.1** Posesión de buena fe. **13.3.2** Posesión de mala fe. **13.4** Posesión mediata e inmediata. **13.4.1** Mediación posesoria. **13.4.2** Concurrencia de posesiones. **13.4.2.1** Características. **13.4.2.2** Clases. **13.5** Posesión en nombre propio y en nombre ajeno. **13.5.1** Posesión en nombre propio. **13.5.2** Posesión en nombre ajeno. **13.6** Posesión viciosa y no viciosa. **13.6.1** Posesión viciosa. **13.6.2** Posesión no viciosa. **13.7** Posesión continua y discontinua. **13.7.1** Posesión continua. **13.7.2** Posesión discontinua. **13.8** Posesión precaria. **13.9** Posesión exclusiva y coposesión. **13.9.1** Posesión exclusiva. **13.9.2** Coposesión. **13.10** Posesión natural y posesión civil. **13.11** Posesión causal y posesión formal. **13.12** Posesión pública y posesión oculta. **13.13** Posesión con justo título y sin justo título. **13.14** Posesión trabajo, posesión social, posesión morada y posesión legitimada. **14.** Presunciones legales. **14.1** Presunción de propiedad. **14.1.1** Límites de la presunción. **14.2** Presunción de posesión de derivados. **14.2.1** De posesión de bienes accesorios. **14.2.2** De posesión de bienes muebles. **14.3** De buena fe del poseedor. **14.4** De continuidad de la posesión. **14.5** Presunciones no legisladas. **14.5.1** Presunción de unidad del título. **14.5.2** Presunción de interrupción. **14.5.3** Presunción de legitimidad. **15.** Efectos. **15.1** Usucapión. **15.2** Tutela posesoria. **15.3** Frutos y productos. **15.4** Mejoras. **15.4.1** Derecho al reembolso y derecho de separación. **15.4.2** Derecho de retención. **15.4.3** Derecho de separación y prescripción del reembolso. **15.4.4** Accesión de la posesión. **15.4.4.1** Unión de la posesión. **15.4.4.2** *Sucessio possessionis*. **15.4.5** Vicisitudes de la posesión. **16.** Derecho de posesión y derecho a la posesión. **16.1** Derecho de posesión. **16.2** Derecho a la posesión. **17.** Derechos del poseedor. **17.1** Derechos generales. **17.2** Derechos especiales. **18.** Obligaciones del poseedor. **19.** Adquisición. **19.1** Adquisición derivada. **19.1.1** Tradición real. **19.1.2** Tradición ficta. **19.2** Adquisición originaria. **19.2.1** Aprehensión. **19.2.2** Ocupación. **19.2.3** Despojo. **20.** Conservación. **21.** Extinción. **21.1** Por tradición. **21.2** Por abandono. **21.3** Por ejecución de resolución judicial. **21.4** Destrucción total. **21.5** Pérdida. **21.6** Otras formas de extinción no contempladas. **22.** Limitación. **23.** Actos posesorios. **24.** Relaciones del sujeto con las cosas. **24.1** Simple uso de las cosas. **24.2** Yuxtaposición local. **24.3** Servidor de la posesión. **24.3.1** Antecedentes. **24.3.2** Denominación. **24.3.3** Concepto. **24.3.4** Características. **24.3.5** Tutela posesoria. **24.3.6** Importancia. **24.3.7** Determinación de los grados de la tenencia. **24.3.8** Actos que inducen una posesión. **24.3.9** Base legal. **25.** Ámbito. **26.** Posesiones especiales. 27. Inscripción de la posesión. **28.** Función social de la posesión. **29.** Ubicación. **29.1** Primero la posesión. **29.2** Primero la propiedad. **30.** Regulación legal. **30.1** Constitución. **30.2** Código Civil. **31.** Diferencias y semejanzas con la propiedad. Referencias.

1. Generalidades

La posesión es una riquísima figura jurídica.

De todas y entre todas las instituciones doctrinarias en el mundo jurídico, es la que más controversias ha suscitado. Dice Musto (2007) que, desde su concepto, etimología, origen, elementos constitutivos, naturaleza, fundamentos de protección y hasta sus efectos, todo ha sido materia de discusión entre autores, lo que ha generado una minuciosa lucubración teórica (p. 139).

La naturaleza y elementos de la posesión, como dice Borda (2008), constituyen una de las clásicas controversias en el derecho civil (p. 25), que ha llegado, incluso, hasta la esencia misma de su concepto, con implicancias y consecuencias que van más allá de las puramente jurídicas y han abarcado aspectos de naturaleza económica, sociológica y política (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 324); se trata, pues, de una materia llena de dificultades para estudiarla doctrinariamente (Arce y Cervantes, 2012, p. 25). Estas situaciones determinan su enorme complejidad y el hecho de ser un punto incómodo en los juicios (*punctum pruriens judicii*).

La posesión es una realidad preexistente, una institución práctica que se da en la vida de relación del sujeto, presentándose como el vínculo común entre el ser y los bienes que el derecho ha debido normar; a decir de Valencia Zea (2012), es la relación material con las cosas (p. 53). Es una institución compleja, atrayente y de variados contornos que no se limitan al campo jurídico. A través de ella se regula el nexo del sujeto con el bien.

La posesión corresponde a la situación que ocurre en el ejercicio fáctico de poderes sobre las cosas, el cual es objeto de protección por parte del derecho, independientemente de la averiguación sobre su titularidad (Teles de Menezes, 2012, p. 103). La exteriorización del derecho sobre la cosa —y no su titularidad— es lo que busca tutelar la posesión.

Ya Von Ihering (1926) consideró en su momento:

> No hay materia del Derecho que sea tan atractiva como la posesión, dada sobre todo la índole de su espíritu, ya que ninguna otra deja al teórico tan gran amplitud. La posesión es la institución molusco, no opone a las ideas que se quieren introducir en ella la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posible; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales. A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas. Podríamos llamarla el ju-

> guete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina para ayudarle a descansar, divertido de su ruda labor; es una figura de caucho, a la cual puede darse las formas que se quieran. (p. 485)

La posesión es compleja pero práctica, discutible pero recurrida. Ya Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005) dijeron que "la institución de la posesión es una de las más discutidas y confusas del Derecho Civil en general y de los derechos reales en particular" (p. 167). Es la propia realidad que el derecho trata en el esquema de los derechos reales. Su uso ha generado fortalezas que han desplazado sus debilidades al ser reconocida por el derecho como un típico derecho real, quizá el primero de todos en cuanto al momento de su configuración.

2. Antecedentes

2.1 La posesión en la sociedad primitiva

En un inicio, el hombre poseyó.

Desde una perspectiva cronológica, en la historia de la humanidad primero aparece la posesión (Maisch von Humboldt, 1984, p. 22), desde el propio momento en que el hombre aprehendió las cosas: al apropiarse de ellas, toma posesión; al cazarlas o pescarlas, las hace suyas; y convierte "a quien se apropia de la cosa en señor de la misma" (Romero Romaña, 1947, p. 58). Así, en la sociedad primitiva, la posesión se manifestó mediante la apropiación y ocupación de los bienes y su conservación por la fuerza física como medio indispensable para su subsistencia (Torres Vásquez, 2006, p. 337).

La posesión es la primera manifestación de la propiedad (Cuadros Villena, 1994, p. 280). Existe una prioridad histórica de la posesión sobre la propiedad; cronológicamente, la propiedad comenzó por la posesión: la posesión es generadora de propiedad. El ejercicio del poder sobre una cosa puede no tener su origen en la titularidad del derecho (Lama More, 2012, p. 42). La posesión es un derecho anterior a la propiedad: es el *anterius*.

Su origen es justificado por el poder físico sobre las cosas y en la necesidad del hombre de apropiarse de ellas (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 27). Fue, y es, la forma más inmediata de relación entre el hombre y los bienes; la apropiación y la ocupación desempeñaron un importante papel para asegurar el dominio, lo que se conjugó con la fuerza física (González Linares, 2012, p. 157). Sinónima de poder, la posesión permitió satisfacer las necesidades del hombre. Es una reminiscencia del derecho primitivo de que los bienes son de quien los usa (Cuadros Villena, 1994, p. 282).

Acreditada la relación con un bien, se determinaba la posesión como señorío de hecho sobre el bien. Con el pasar del tiempo, el progreso, el establecimiento de los gobiernos y con la idea del derecho y de la ley, comienza a diferenciarse la apropiación de hecho (posesión) de la apropiación de derecho (propiedad) (Romero Romaña, 1947, p. 58). La posesión es un poder físico, generalmente representado en un poder jurídico, *i. e.*, sancionado y reconocido por el derecho (Rojina Villegas, 2012, p. 665).

2.2 La posesión en Roma

Dice Vieira (2008, p. 257) que la posesión tiene su origen en dos troncos:

- En el antiguo *usus* de la Roma primitiva, referido en la Ley de las XII Tablas; más tarde, en el derecho romano antiguo se la denominó *habere*.
- En la concesión de tierras agrícolas (*ager publicus*) del Estado a los *pater familias*.

2.3 El sistema posesorio en el derecho germánico y la figura de la Gewere

La *Gewere* (vestidura, investidura) representó lo que era la posesión en Roma.

El estudio de la posesión, como institución jurídica que fundamenta el derecho patrimonial civil, es una elaboración de la pandectística alemana de finales del XIX y comienzos del XX; es considerado como un importante aporte de la ciencia alemana (Álvarez Caperochipi, 2015, p. 107).

2.4 *La posesión en el derecho canónico*

El derecho canónico contribuyó sobremanera al desarrollo y perfeccionamiento de la posesión.

Del quehacer religioso surgen los diezmos, oficios y dignidades eclesiásticas, nuevas formas de relaciones posesorias.

Pero, sin duda, el mayor aporte está en el reconocimiento de la *quasi possessio*, con lo que se amplía el ámbito de aplicación de la posesión de las cosas corporales a las incorporales.

3. Etimología

El término *posesión* es uno de los más difíciles y complejos para descifrar su origen. En lo que se refiere a su étimo, la doctrina no es uniforme y presenta varias teorías. Como lo refiere Lama More (2012, p. 41), lo pacífico en doctrina es que no hay un criterio unánime en ella acerca del étimo posesión.

La más común es aquella que indica:

– Deriva de dos voces latinas: *possessĭo*, *-ōnis*, posesión.

Se estructura del verbo *possidere*, compuesto —a su vez— de *sedere* (sentarse, estar sentado, establecerse) y del prefijo *pos* o *posse* (poder), de forma tal que posesión implica la facultad de sentarse o fijarse en un determinado lugar. Es un establecerse o estar establecido.

Además de ello, se ha llegado a decir que el prefijo *pos* viene:

– Del latín *pot* (*pot-sum*, *potens*), que implica poder. *Post sedere* significa "después de estar sentado", llevando noción de tiempo; o

– Del sanscrito *pot* o *poti*, *pote sedeo*, que significa "amo" o "jefe", lo que lleva a la significación de sentirse señor, un señorío o aseñoramiento.

Entre otros étimos importantes tenemos:

– Del latín *posse*, poder, significa "señorío".

– Del latín *possidēre*, poseer, implica un tener, contar con algo.

– Del latín *possessio* (*possidere*, *possideo*, *possessum*), que se deriva del término *positum pedium*, *i. e.*, un ponimiento de los pies (Partidas, 3, 30, 1).

– Del verbo *sidere*, *sedere*, *assiderei*, que significa "posarse", "asentarse", "sentarse". De estas raíces se refuerza la idea de que el término *posesión* consiste en un *rei insistere*, una institución sobre los lugares, una aprehensión física. Los glosadores le otorgaron como significado el hecho de "poner los pies" sobre un inmueble, significado que se mantuvo hasta el siglo XIX, asentando mayor relevancia al predicado "po", que conlleva la idea de "tener bajo los pies" (Ochoa, 2008, pp. 529-530).

– Del sufijo *sedere* (sentarse) y del prefijo pos (poder), los cuales significan, en conjunto, "un señorío".

Otras acepciones, no tan difundidas pero que resultan interesantes, son:

– *A pedibus*: estar sobre una cosa, establecido, haciendo referencia a ser amo, señor o jefe de algo.

– *Positio pedium* o *pedium positio*: ponimiento de pies o tenencia con los pies.

A decir de Maisch von Humboldt (1984, p. 22), los idiomas germánicos conservan el mismo origen y etimología: *besitz* es equivalente a la *saisine* de Francia y al *possidere* latino.

Véase que las etimologías tratadas nos llevan a reconocer a la posesión como una institución jurídica que, a su vez, reconoce una relación del sujeto con el objeto.

4. Concepto

Poseer es tener algo en poder.

Todos, sin excepción, algo poseemos. Unos más, otros menos[1].

El *Diccionario de la lengua española* contiene esta definición[2]: "Posesión 1. f. Acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro".

La posesión es un derecho real por naturaleza, por esencia y magnitud. Es el aprovechamiento directo, de hecho o derecho, del valor de uso o disfrute de una cosa (Cuadros Villena, 1994, p. 278). Bien dicen Díez-Picazo y Gullón (1986) que el titular del derecho sobre una cosa lleva a cabo actos y comportamientos sobre ella que constituyen la puesta en ejercicio de su derecho; de esta manera, la posesión se presenta como el *prius* de tal ejercicio, pues —ante todo— debe poseerla (p. 97). En la misma línea, Mejorada nos dice que la posesión es un derecho real que surge del comportamiento (IUS360, 8 de octubre del 2014).

Es el señorío fáctico, poder o dominio de hecho. Visibilidad del dominio. Como dice Vieira (2008), la posesión constituye la exteriorización de

1 Habría dicho Alonso Pérez: "[D]ichosos los seres humanos en cuanto poseen, porque hasta el monje más desprendido de las cosas terrenas posee al menos los bienes precisos para subvenir sus necesidades, o el imposible *dominus* de Calcuta puede encontrar algo que poseer y, con ello, subsistir. La pequeña felicidad de los propietarios imposibles, pero poseedores ciertos, permite la sobrevivencia y la proyección hacia las cosas exteriores de su voluntad libre para señorearlas, aunque sea en pequeña medida" (De Reina Tartière, 2012, p. 127).

2 <www.rae.es>, consultado el 5 de marzo del 2016.

un derecho (p. 528). Para Musto (2007), es la relación de la persona con la cosa y que le permite ejercer sobre esta actos materiales con prescindencia de la relación jurídica que pudiera contenerla (pp. 140 y 141).

En la situación posesoria, lo que el derecho toma en cuenta es la apariencia externa (Serrano Alonso y Serrano Gómez, 2005, p. 168). Basta tener para ser protegido; interesa al derecho el *hecho* más que el *derecho*; *v. g.*, encuentro un Código Civil en la calle: desde el momento en que lo tomo, soy poseedor. La posesión, a criterio de Castañeda (1958), reposa en un concepto eminentemente social y evolutivo (p. 75). Primero debo tener, para que luego se me reconozca la titularidad. Así, el hecho de usar una cosa no es el derecho *per se*, sino el ejercicio de un derecho; el individuo que usa el derecho está en posesión de este derecho: "la posesión no es, entonces, un *puro hecho* (Arce y Cervantes, 2012, p. 25).

La exposición de motivos del Código Civil de 1936 consideró a la posesión como una realidad viviente de dominio (Guzmán Ferrer, 1982, p. 864).

La posesión sería la cara viable de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 97).

En la posesión, pueden distinguirse dos situaciones:

– *Situación de facto*: es el simple ejercicio material de los poderes sobre la cosa, el hecho posesorio, *factum possessionis*. Es la relación sujeto - objeto.

– *Situación de iure*: es la atribución de efectos jurídicos de la posesión a su titular. Es la relación sujeto - objeto - derecho.

Pero, en definitiva, como argumenta Teles de Menezes (2012), la posesión es una situación jurídica al existir siempre el ejercicio fáctico de los poderes sobre la cosa y la tutela posesoria en beneficio del titular (p. 104).

Posesión			
Uso	Ejercicio	Tutela	Protección
Situación jurídica			

Álvarez Caperochipi (2015) nos dice que podemos enfocar la posesión desde una triple perspectiva, como: i) materialidad de la tenencia de una cosa; ii) derecho; y iii) presunción de propiedad y medio de publicidad y prueba (p. 106).

5. Denominación

La posesión ha tenido un sinnúmero de denominaciones:

Besitz (Alemania), *possesso* (Italia), *posse* (Portugal), *saisine* (Francia).

Relación posesoria (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 53), fenómeno posesorio (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 97), situación posesoria (Serrano Alonso y Serrano Gómez, 2005, p. 172), derecho posesorio (Penteado, 2008, p. 557).

El término *posesión* es muchas veces utilizado como sinónimo de *propiedad*, lo que representa una confusión en tanto son instituciones jurídicas claramente diferenciadas.

6. Definición

Nos indica Musto (2007, pp. 141 y 142) que la definición más antigua es la de Labeón[3]: "Se llama posesión..., de *sede*, como si dijera posición, porque naturalmente es tenida por el que está en ella; a la cual los griegos llamaban retención".

Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005) sostienen que es "el poder o señorío efectivo sobre una cosa o un derecho de contenido patrimonial con independencia de que se sea o no titular de algún derecho sobre ella" (p. 168). Para Rojina Villegas (2014), es una relación de hecho o estado de hecho que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento, *animus domini* o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno (p. 189).

Por su parte, Mariani (2009) nos dice que poseedor "será quien se comporte como titular de un derecho real; es decir, cuando se conduzca con respecto de la cosa *como* si tuviera un determinado derecho real sobre ella, con independencia de que lo tenga y aunque no lo tenga en realidad" (p. 112). Según Arce y Cervantes (2012), la posesión "es el ejercicio de un derecho, independientemente de que ese derecho pertenezca a quien lo ejercita como propio" (pp. 27 y 28). En la misma línea, Gama (2011) manifiesta que "es la posibilidad de utilización de la cosa por una persona... se trata de un señorío material ejercido en nombre propio y con cierta autonomía, y que el bien sea susceptible de apropiación" (p. 75).

En nuestro medio, Castañeda (1958) considera que la posesión "se trata de un poder o relación de hecho, en la cual se prescinde de la existencia

3 Marco Antistio Labeón (48 a. C. - 20, aprox.), jurista romano, creador de la escuela proculeyana.

de un derecho" (p. 72); Gonzales Barrón (2013) señala que "es el control voluntario y autónomo de un bien, destinado a tenerlo para sí, en beneficio propio, con relativa permanencia o estabilidad, cuya finalidad es el uso y disfrute, aunque sea en modo potencial" (p. 413). A criterio de Torres Vásquez (2006), es el poder de hecho o señorío, con o sin derecho, que una persona ejerce sobre un bien o derecho, sin importar si el poseedor tiene o no *animus domini* (voluntad de poseer como dueño) o *animus possidendi* (voluntad de poseer) (p. 335).

Para González Linares (2012), es "el derecho real que establece una relación directa y efectiva del poseedor con los bienes (relaciones reales), con el objeto de obtener beneficios de su utilidad económica" (p. 175).

7. Características

Entre las principales características de la posesión están:

– ***Es un poder de hecho***

Como menciona el Código, es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (art. 896). A criterio de Vieira (2008, pp. 612 y 613), entre ellos están:

- Poder de uso
- Poder de disfrute
- Poder de defensa
- Poder de accesión
- Poder de *usucapion*
- Poder de disposición
- Poder de indemnización por mejoras
- Poder de indemnización por violación

– ***Es un derecho real***

Es un derecho real autónomo, con un contenido singular.

Su autonomía se explica porque por sus propios actos constitutivos, traslativos, modificativos y extintivos son específicos, distintos de los de otros derechos reales (Vieira, 2008, p. 520).

– ***Genera una independencia en las relaciones posesorias***

La posesión exige un señorío independiente sobre el bien, libre de interferencias o subordinaciones; esta característica la diferencia de la tenencia.

– ***Puede recaer sobre objetos o derechos***

Una de las típicas características de la posesión es permitir la posesión (material) y la *cuasiposesión* (inmaterial), aunque en doctrina existe discrepancia sobre el particular.

– ***Goza de protección***

Quien usa un bien, requiere de una protección. La posesión cuenta con medios de cautela que permiten su realización.

Las acciones posesorias tienen como finalidad proteger y recuperar la posesión.

El poseedor tiene medios de defensa que habilitan su relación con los bienes.

Buscan la protección de la posesión —judicial o extrajudicialmente— cuando un acto ilícito la amenaza, turba o propicia la posibilidad de pérdida u obstrucción de su ejercicio.

Garantizan la efectividad del derecho de posesión.

– ***Se puede contar o no con el bien***

Para ser poseedor no es necesaria la detentación; podemos referirnos a una posesión sin detentación. Puedo o no tener el bien.

Álvarez Caperochipi (2015, pp. 115 y 116) nos dice que el derecho de posesión se funda en una detentación previa, pero por disposición de la ley pueden darse casos de posesión sin detentación:

– Posesión mediata

– Posesión civilísima

– Derecho de preferencia sobre bienes muebles

En estos casos no tienes el bien, pero sí el derecho sobre él.

– ***Funciones***

Las funciones de la posesión son protección (acciones posesorias), conservación (tutela, goce y *usucapio*) y publicidad (presunción de titularidad).

8. Teorías

Las posiciones discordantes acerca de la posesión se dan, justamente, por cuanto quien tiene el bien, de modo directo o indirecto, es persona distinta de su titular (Lama More, 2012, pp. 50 y 51).

Así, surgen teorías divergentes expuestas por dos juristas alemanes, los romanistas Friedrich Karl von Savigny[4] (1779-1861) y Caspar Rudolf von Ihering[5] (1818-1892). En la segunda mitad del siglo XIX analizaron la teoría posesoria en el derecho romano —vigente en esa época como derecho común— y plantearon posiciones contrapuestas en torno a la posesión. Finalmente, aparece Raymond Saleilles (1855-1912) con una teoría ecléctica. Estos tres autores, a decir de Rojina Villegas (2012), son los campeones de la posesión (p. 594).

Cabe precisar que nunca existió una real polémica entre Savigny e Ihering. El primero nunca respondió, por lo menos no directamente, a las críticas que el segundo le hacía. Además, Ihering publicó *La voluntad en la posesión (Crítica del método jurídico reinante)* en 1889[6], *i. e.*, veintiocho años después de la muerte de Savigny. Por otra parte, la diferencia de edad entre los dos juristas (39 años) y el enorme prestigio de Savigny nunca propiciaron un debate en igualdad de condiciones entre el maestro y su discípulo.

Téngase en cuenta que ambas teorías se expusieron antes de la entrada en vigencia del BGB de 1900, Código Civil alemán.

8.1 Poder físico voluntario

Es la teoría subjetiva, también llamada *clásica* o *tradicional*. Fue planteada por Savigny en 1803, a los 24 años, en su obra *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano* (publicada en español, Madrid, 1845), la cual fue escrita en tan solo seis semanas[7].

Su obra marca un antes y un después en materia de análisis de la posesión en el derecho romano, dado que busca aclarar el confuso tratamiento de esta institución. Nadie antes que él había analizado con rigurosidad científica el *Digesto*.

---

4 Seguidor de la escuela histórica del derecho.

5 Seguidor de la jurisprudencia de intereses.

6 El mismo Ihering indica en el prólogo: "Por este tiempo, mi teoría no revestía la forma que más tarde he reconocido como verdadera; lo cual hace que no sienta haber tardado más de cuarenta años en publicarla. Entonces la denominaba la *Teoría de la causa*, y en esta obra, en el capítulo IX, va un examen crítico de ella desde el punto de vista de la prueba" (Von Ihering, 1896, pp. 8 y 9).

7 En las sucesivas ediciones, como precisa Mariani (2009), "Savigny va haciendo agregados en forma de notas esclarecedoras de su pensamiento (algunas de las cuales, para ciertos autores, implican verdaderas innovaciones), en estas habla en general de 'los autores' que no han comprendido bien su tesis... pero no individualiza, ni para nada menciona a Ihering" (pp. 119 y 120).

La posesión es un *tener* más *querer*. Es el poder físico que se ejerce sobre una cosa con el ánimo de propietario, la denominada *detentación* (*animus detentionis*). Para que ese detentar se transforme en posesión, se requiere el *animus domini*. Implica un querer, la respectiva consecuencia del tener. Está rígidamente sustentada en la teoría de la voluntad (*Subjevitasoder Willenstheorie*).

Así, detentación más *animus* es posesión, voluntad posesoria, *besitz willens*. Se resume en el *corpus* y *animus*. Ánimo de tener, *animus domini* y la tenencia *per se* de la cosa. El querer y detentar. Se expresa en la concurrencia copulativa de estos dos elementos: el intelectual (psíquico, moral) y el material (físico, corpóreo).

Se resume en la siguiente fórmula:

POSESIÓN = CORPUS + ANIMUS

Animus es la voluntad de tener la cosa. *La posesión en nombre propio* o posesión en concepto de dueño implica el poder de hecho que se ejerce sobre un bien determinado con la intención, por parte del sujeto, de tener la cosa o gozar del derecho como propio. Esta se diferencia de la mera tenencia o *posesión en nombre ajeno*.

– *Animus domini*. Intención de ser propietario. Existe cuando el poder físico sobre la cosa se ejerce sin reconocer en otro un señorío superior en los hechos. Intención de hacer suya la cosa.

– *Animus rem sibi habendi*. Intención de tener la cosa para sí. Comportarse como dueño, *omnia ut dominum gessisse*. Ánimo de quedarse con la cosa.

El *animus domini* (como propietario) y el *animus rem sibi habendi* (poseer la cosa para sí) implican ejercer el derecho real como propio (*nomine proprio*) y no poseer por otro (*nomine aliene*). Algunos autores utilizan ambos términos como sinónimos; fue Paulo quien los diferenció.

*Para esta teoría, no son poseedore*s el arrendatario, el usufructuario, el depositario y el comodatario, pues a pesar de tener la cosa y tener *animus posidendi*, carecen del *animus domini*: saben que no son propietarios. No se trata de la convicción de ser titular (ser dueño), sino de comportarse como tal (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 325). *In utroqui terminis*, se consideran poseedores el usucapiente, el invasor, el ladrón, al creerse dueños de la cosa (*opinio seu cogitatio domini*); se conducen y actúan como propietarios a pesar de no serlo: solo gozan de la posesión como un hecho (*ius possessionis*).

Esta teoría estuvo reconocida en el Código Civil de 1852:

> Artículo 465. Posesión es la tenencia ó goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí.

A decir de Cuadros Villena (1994, p. 296), la teoría subjetiva está presente en algunas instituciones de los derechos reales en las que la intención es calificativo de ellas: posesión de buena y mala fe, cuyos efectos son tan diferentes para los frutos y la prescripción.

Es tratada en el Código Civil de Bolivia (art. 87), de Colombia (art. 762), Chile (art. 700), El Salvador (art. 745), Italia (art. 1140), Japón (art. 180), Portugal (arts. 1251 y 1253), Quebec (art. 921) y Uruguay (art. 646).

8.2 Poder físico

Es objeto de la teoría objetiva planteada por Ihering en 1889 en su obra *La voluntad en la posesión (Crítica del método jurídico reinante)*, publicada en español en 1896. Esta teoría se contrapone a la expuesta por Savigny, su maestro en la Universidad de Berlín.

Consiste en un *tener*. La posesión es una situación de hecho: la tenencia de la cosa (*possessio corpore*). Solo basta el hecho de tener el bien, mostrar respecto de este un aseñoramiento, dándole el matiz económico. Es el *corpus*, la relación exterior entre el poseedor y la cosa. Implica un control sobre el bien. Se considera que la *detentación* es un concepto creado por la ley. Solo se requiere al sujeto y a la cosa; el *animus domini* —si bien existe— no es importante; en todo caso, debe hablarse de *animus* o *affectio tenendi* (voluntad de tener).

Este *animus* está implícito en el poder, es parte de sí. El *corpus* lleva consigo cierta intención de poseer; el elemento intencional está presente, pero no como exigible (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 326).

Se resume en la siguiente fórmula:

Posesión = Corpus

Para esta teoría son poseedores el arrendatario, el usufructuario, el depositario, el comodatario. Basta tener el bien para ser poseedor, independientemente de la forma como se obtuvo. Se tiene la *affectio tenendi* (tener), pero no el *animus domini* (ser dueño). Es poseedor quien de hecho use el bien, se sirva de él, satisfaciendo su deseo o exigencia, *i. e.*, todo aquel que tenga un vínculo fáctico, directo e inmediato (Lama More, 2008, pp. 86 y 87).

Esta teoría es mucho más amplia que la subjetiva.

Tiene como precedente el artículo 824 del Código Civil de 1936[8] y está reconocida en nuestro Código:

> Artículo 896. La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Así como en la jurisprudencia[9], el artículo 896 define a la posesión como el ejercicio fáctico de uno de los poderes inherentes a la propiedad, independientemente del *animus domini* de quien lo ejerza; en este sentido, según la teoría de la posesión de Ihering a la que se afilia nuestro Código sustantivo, en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica, no requiriéndose del *animus*.

Esta teoría es tratada en la mayoría de códigos civiles del derecho comparado.

Así tenemos los Códigos de Alemania (arts. 854 y 855), Argentina (art. 1909), Brasil (arts. 1196 y 1198), México D. F. (art. 790), Suiza (art. 919), Paraguay (art. 1909), Perú (art. 896), Puerto Rico (art. 367), Quintana Roo (art. 1779) y Venezuela (art. 771).

Como bien dice Lama More (2012, pp. 60 y 61):

> Esta teoría asegura a quienes conduzcan bienes —legítima o ilegítimamente— con interés propio y satisfaciendo su propia necesidad, dando al bien una finalidad económica para su propio beneficio, no sean privados —o amenazados de privación— del bien, sino hasta que el órgano jurisdiccional decida a quién le corresponde legítimamente dicha conducción. Cualquier alteración fáctica, de origen privado, de ese estado de cosas, no resulta lícita y puede ser rechazada extrajudicialmente por el poseedor; o a través de los interdictos o acciones posesorias, según sea el caso. Por ello, en nuestro sistema patrimonial, será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad, como es el caso del arrendatario, el comodatario, el usufructuario, etc., sino además quien no reconozca en otro la propiedad, como lo es el actual precario (art. 911 del CC), el usurpador, el ladrón, quien se considere propietario del bien, sin serlo realmente, entre otros.

Resumen de ambas teorías que diferencian la posesión y la detentación

Una de las mayores dificultades que la doctrina apunta en el estudio de la posesión es realizar la distinción entre posesión y detentación (Gama, 2011, p. 75).

---

8 Artículo 824.- Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos.

9 Cas. 877-2003, La Merced - Junín, DOEP, 30 de junio del 2005.

Teles de Menezes (2012, pp. 114 y 115) nos resume las posiciones de Savigny e Ihering en las siguientes fórmulas algebraicas:

	Savigny	**Ihering**
Posesión	$x = a + \alpha + c$	$x = a + c$
Detentación	$y = a + c$	$y = a + c - n$

x es posesión
y es detentación
c es *corpus*
a es *animus*
α es intención particular, *animus possidendi*
n disposición legal que excluye ciertas relaciones posesorias de protección interdictal

Para Gomes (2012, p. 38), la teoría de Savigny y la de Ihering se distinguen en tres puntos fundamentales:

– La explicación de la naturaleza de la posesión

– La fundamentación de la protección posesoria

– La determinación de los elementos constitutivos de la posesión

Ambas teorías tienen, a decir de Chaves de Farias y Rosenvald (2009), un punto de partida en común: la detentación (p. 30).

8.3 Teoría mixta

También es llamada teoría *de la causa*, *ecléctica* o *intermedia*.

Es la teoría planteada por Raymundo Saleilles en su obra *La posesión: elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del imperio alemán* (publicada en español en 1909).

Toma de las teorías de Savigny e Ihering. Se aparta totalmente del primero, pero no del segundo; es más, se inspira en él. De alguna manera, trata de conciliar ambas teorías.

Es un *tener* más *querer,* pero este último de contenido económico; de allí que se le conozca como *teoría de la explotación económica*.

La posesión es un fenómeno económico de apropiación de riqueza.

9. Naturaleza jurídica

La doctrina ha discutido acerca de la dicotomía de la posesión; si se trata de un hecho o de un derecho.

9.1 Hecho

Los romanos consideraron a la posesión como *res facti, non juris.*

Para Savigny, se trataría de un *hecho* al fundarse en una situación fáctica con consecuencias jurídicas que serían las acciones posesorias y la *usucapio*. Se sustenta en el *animus* y el *corpus.*

Siguen esta teoría, entre otros, Windscheid, Zacharie, Pothier y Laurent.

9.2 Derecho

Para Ihering es un *derecho*, en razón de que la posesión es un medio indispensable para que la propiedad produzca resultados prácticos. Se sustenta solo en el *corpus*.

Siguen esta teoría, entre otros, Puchta, Ortolan, Demolombe y Domat.

Algunos consideran a la posesión como un derecho real de goce (Vieira, 2008, p. 510 y ss.).

Dentro de esta teoría hay quienes sostienen que se trata de un:

- Derecho real
- Derecho personal
- Derecho mixto, que tiene tanto de real como de personal

Para Borda (2008), la posesión es un derecho real porque reúne todos los caracteres de tal: relación directa con la cosa, acción *erga omnes* y falta de sujeto pasivo determinado (p. 35). De la Mata y Garzón (2014) refieren que se trata de un *jus ad rem*; es decir, "es un derecho personal con vocación de convertirse ya sea en propiedad, usufructo o servidumbre, dependiendo del derecho real que se está poseyendo" (p. 434).

Nuestro Código trata a la posesión como un derecho real principal dentro del libro V, sección tercera, título I[10].

---

10 Algunos códigos, como el brasileño (art. 1225) y el argentino (art. 1887), no consideran a la posesión como un típico derecho real; la tratan como una institución que se deriva de los derechos reales.

9.3 Bien jurídico tutelado

La posesión es un bien jurídico tutelado por el orden positivo (Maisch von Humboldt, 1984, p. 26). Como tal, es protegida no por ser un derecho, sino que está comprobado el hecho posesorio.

9.4 Derecho real provisional accesorio

Borda (2008, p. 35) nos dice que es la característica peculiar.

Tal como lo determina la Corte Constitucional colombiana, la posesión es un poder de hecho provisional que puede desaparecer frente a la acción que se deriva de la propiedad (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 88). En la misma línea, Rojina Villegas (2012, p. 216) considera a la posesión como un derecho real de protección provisoria.

Como refiere Flórez Roncancio (2012, p. 146), es un derecho real auxiliar y provisional[11].

9.5 Actitud

Desde un punto de vista pragmático, la posesión es una actitud o ejercicio de uno o más derechos derivados de la propiedad.

Su naturaleza es por demás dinámica al comprender bienes corporales e incorporales, relaciones jurídicas patrimoniales y relaciones jurídicas existenciales.

9.6 Derecho subjetivo

Lama More (2012) indica, mediante un análisis sistemático del Código y no solo limitándose al postulado del artículo 896, que la posesión es un derecho subjetivo, en el sentido de que en nuestra normativa:

> se aprecia la influencia de la teoría objetiva de Ihering, al establecer la existencia de la llamada posesión mediata y la inmediata de origen alemán, en virtud del cual se reconoce la calidad de poseedor a quien tenga un bien para sí, aun cuando no cuente con *animus domini* (arrendatario, comodatario, etc.) reduciendo la figura de la detentación de mera tenencia (no posesión) solo al caso de quien posee en relación de dependencia de otro (servidor de la posesión). (p. 69)

11 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia (Colombia), del 10 de mayo de 1939.

10. Importancia

Se ha discutido en demasía acerca de la importancia de la posesión.

Más allá de la propiedad, el hombre se relaciona con una multiplicidad de cosas.

La posesión ofrece una pronta respuesta a la relación de las personas con las cosas. Es una institución harto versátil, acondicionable; siguiendo el criterio de Ihering, es una institución blanda, maleable y flexible; una suerte de plastilina para los intereses particulares.

Su importancia se enmarca en la trascendencia que para el hombre implica la relación con las cosas. A través de la posesión, el hombre satisface sus necesidades, establece las reglas de relación del sujeto con los objetos. Desde el propio momento de su origen, la posesión requiere de una protección.

Es una de las primeras actividades del hombre en relación con la satisfacción de sus requerimientos patrimoniales. Apropiarse de las cosas implica un dominio y el derecho da una respuesta frente a ello. Bien dice Torres Vásquez (2006) que "No hay derecho real que exprese un poder sobre el bien físicamente tan perfecto, tan directo e inmediato como el que expresa la posesión" (p. 349).

La posesión exige la efectiva utilización de la cosa conforme a su destino económico-social, *i. e.*, en estado normal de servir a la persona humana; la torna útil y obtiene su provecho (Gama, 2011, p. 83). De llano, por la realidad y practicidad de la institución, la posesión termina siendo de mayor alcance que la propiedad, aunque esta última sea el más importante derecho real.

Ambas, posesión y propiedad, son tratadas por el derecho como instituciones jurídicas de enorme impacto, pues son parte de la vida del hombre y de su relación con las cosas. Considera con acierto Gonzales Barrón (2013) que los criterios jurídicos fundamentales en los que se sustenta el reparto de bienes son las reglas de la propiedad y de la posesión (t. I, p. 388).

La trascendencia de la posesión va de la mano con su aplicabilidad en cada momento de la relación sujeto-objeto. Garantiza la tutela del goce y el derecho de uso de los objetos, tanto del propietario como del de todos aquellos que tienen un bien, independientemente del derecho real que los genera. Su importancia va de la mano con su complejidad jurídica y es una fuente importante de litigios apasionados (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 324).

Para Gonzales Barrón (2013), el alto número de procesos judiciales en los que se discute la posesión es la mejor prueba de la importancia de

la institución (t. I, p. 394); asimismo, representa un valor patrimonial de primer orden al ser casi el único activo de muchos peruanos (t. I, p. 395). Todos tienen algo, independientemente de contar con un título de propiedad: es suficiente el tener, más que el acreditar dominio. Además, téngase en cuenta que la posesión es el contenido económico de la propiedad (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 88).

Con acertado criterio, Avendaño Valdez (2007) indica que la posesión es importante al ser el contenido de muchos derechos reales, como el usufructo, el uso, la habitación, la superficie y la servidumbre (p. 896); en el mismo sentido, Musto (2007) señala que "La posesión resulta ser el contenido o parte del contenido de la mayoría de derechos reales; sin la posesión no sería posible el ejercicio pleno de las facultades que tales derechos atribuyen a su titular" (p. 148); y Rojina Villegas (2014) afirma que la posesión de derechos reales siempre cae en forma indirecta en la posesión de las cosas (p. 218).

11. Elementos

Los elementos que componen la posesión son el sujeto y el objeto.

Con ellos se conforma la relación posesoria.

11.1 Sujeto

Es el *subjectum*.

Aquel que posee.

Pueden ser poseedores todos los sujetos de derecho: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y el ente no personificado.

– ***Concebido***

Dado que el concebido puede ser heredero (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 175), puede, finalmente, terminar heredando una posesión.

– ***Persona natural***

En este caso, puede ser:

- Capaz
- Incapaz
- Mayor de edad, curador
- Menor de edad, padres o tutor

- Nacional
- Extranjero
- Soltero, casado, viudo, separado o divorciado

– ***Persona jurídica***

Esta posee a través de sus representantes (designados por sus órganos corporativos). A decir de Álvarez Caperochipi (2015, p. 21), la posesión de esta se ejerce por medio de las personas sometidas a lazos de dependencia y jerarquía (servidor de la posesión).

– ***Ente no personificado***

En sí, puede poseer, ocupar y explotar un bien.

El hecho de no estar inscrito o de no contar con una formalidad no le quita a la persona jurídica sin inscripción la posibilidad de poseer un bien.

11.1.1 Formas de poseer en mérito del sujeto

La posesión puede ser en mérito del sujeto:

– Exclusiva, singular (un solo sujeto). Individualidad.

– Múltiple, coposesión (varios sujetos). Pluralidad.

Así, en relación con la cantidad de titulares, la posesión puede ser:

Posesión exclusiva	Un solo titular	Plena, ejerce todas las facultades: art. 923
		Parcial, pueden restringirse ciertas facultades: art. 925
Coposesión	Más de un titular Con una misma causa de origen	
Posesión paralela	Más de un titular Con diferentes causas de origen y distintos grados	

Asimismo, puede poseerse de forma:

– ***Directa***

Posesión a título personal o posesión *pro suo*; ex *auctoritate propria.*

– ***Indirecta***

Posesión por representante, *animus alieno nomine tenendi* (ánimo de poseer en nombre de otro).

Es un obtener la posesión por medio de:

- Representante o mandatario.
- Servidor de la posesión: *interposita personae.*
- Por un tercero sin mandato alguno: *posesión corpore alieno* (art. 439 del Código español o art. 795 del Código de México D. F.). Como manifiesta Penteado (2008), "dada la realidad de un poder fáctico, la posesión puede ser adquirida incluso por un tercero sin mandato, desde que, posteriormente, se produzca la ratificación" (p. 572). Para esto, debe estar claramente identificada la *causa possessionis* (razón por la que se adquiere la posesión) y la *contemplatio domini* (se adquiere la posesión para otro).

11.1.2 Capacidad posesoria

Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 58) precisan que la capacidad posesoria es de grado inferior a la requerida por los negocios jurídicos, tomando en cuenta que la relación posesoria se constituye por un *simple poder de hecho*, a diferencia de los otros actos jurídicos, que requieren una o varias declaraciones de voluntad y entre sus efectos se encuentran los actos de disposición.

Para poseer se debe tener capacidad de goce; *i. e.*, ineludiblemente, ser sujeto de derecho. Implica el tener, gozar. Para disponer se requiere la capacidad de ejercicio.

El sustento de ello es que "Requiriéndose tan solo aprehensión de una cosa unida a la voluntad de hacerla suya, las reglas de capacidad en esta materia son algo menos exigentes que las generales" (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 369). Debemos diferenciar el gozar y el realizar. Un incapaz puede tomar una cosa pretendiendo hacerla suya; mientras que un capaz puede transferir válidamente su posesión. Quien transfiere posesión —*tradens*— requiere capacidad de ejercicio; aquel que recibe —*accipiens*— en mérito de un acto a título gratuito, solo requiere de capacidad de goce (art. 455), salvo que se adquiera por acto oneroso.

Debe hacerse aquí la diferencia entre el ejercer la posesión y el gozar de ella. Respecto de posesión con título, se rige por las normas del acto jurídico (art. 140), por lo que se requiere capacidad de ejercicio (capacidad negocial para transferir la posesión); mientras que para la posesión de hecho solo se requiere capacidad de goce (un menor o un incapaz pueden ser poseedores o adquirir la posesión de forma originaria o por sucesión).

Los incapaces ejercen la posesión que les corresponde a través de sus representantes legales (padres, tutor, curador).

11.2 Objeto

Es el *corpus.*

Lo poseído. Sobre aquello que recae el acto de posesión.

El término *corpus* no fue conocido por los romanos. Es la romanística —ciencia que estudia el derecho romano— la que lo introduce con posterioridad, utilizando preferencialmente el término *tenere*, *possidere corpore* o *corporalis* (Vieira, 2008, p. 545).

La posesión puede recaer sobre:

Bienes	• Corporales
	• Incorporales
Relaciones jurídicas	• Patrimoniales
	• Existenciales

El objeto de la posesión, en los términos estudiados, es mucho más amplio que el de propiedad (algunos objetos no pueden adquirirse en propiedad, pero sí poseerse; *v. g.*, bienes del Estado, estados civiles). Aunque, valga la aclaración, el objeto debe estar individualizado, ser cierto y determinado (art. 1132 y ss.); o incierto, pero debe determinarse, por lo menos, en especie y cantidad (art. 1142). No es concebible la posesión sobre cosas inciertas o indicadas solo por su género (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 334).

La posesión de una cosa se extiende a las partes integrantes y pertenencias (o accesorios) (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 61): *accesorium sequitur principale*[12].

La posesión puede perfectamente recaer sobre bienes, derechos, universalidades y estados.

11.2.1 Bienes

Es *la possessio rei.*

- Bienes corporales, sobre cosas: muebles e inmuebles. *Rex extensa.*

Se posee la cosa *in toto*, totalmente; no puede poseerse parte de ella.

12 *Accesio cedit principali, Digesto*, L. 34, t. 2, ley 19, §13.

Se compone de bienes:

– Inanimados (objetos)
– Animados (animales[13])

11.2.2 Derechos

Es la *quasi possessio*, *cuasi* posesión o *possessio iuris.*

No existió en el derecho romano; solo se admitía la posesión sobre las cosas (*possessio rei*). En cuanto a la posesión de derechos, los romanos consideraban que el goce de aquellos —para ostentar la calidad de titular, con fundamento o sin él— demostraba una situación semejante al goce de las cosas, pero de naturaleza diferente (Rojina Villegas, 2014, p. 190). De allí el origen de su nombre: *cuasi posesión* o posesión aparente.

- Bienes incorporales, sobre derechos; básicamente, sobre derechos reales de goce: usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre. *Rex cogitans. Expressis verbis*[14].

Era el *usus iuris* de la época clásica, entendido como el ejercicio de hecho del contenido de un derecho.

El derecho canónico reconoce importancia a la *cuasi posesión* y la extiende a los títulos honoríficos, oficios y beneficios eclesiásticos, rentas y dignidades (Álvarez Caperochipi, 2015, p. 122), y, también, para reintegrar a los obispos dispensados de funciones en sus diócesis (Gama, 2011, p. 89). Con el tiempo, los canonistas ampliaron la posesión a todos los derechos, de lo cual surgió la *iuris possessio* (Castañeda, 1958, p. 94).

Luego se extiende al derecho germánico.

El término *cuasi posesión* se ha aplicado en dos sentidos:

– Respecto de derechos

– Respecto de derechos reales sobre cosa ajena (posesión sin *animus domini*); *v. g.*, usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre.

Para Cuadros Villena (1994, p. 301), si bien la posesión de derechos no está reconocida de manera explícita, puede decirse que está contenida en el

13 La Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, DOEP, 8 de enero del 2016, refiere que respecto de un animal puede haber propietarios o poseedores.

14 El art. 1035 permite el ejercicio de actos de uso (actos posesorios) sobre un predio: derecho real de servidumbre.

artículo 896 cuando concede al poseedor el ejercicio de uno o más *derechos* inherentes a la propiedad. Así también cuando se reconoce la posesión de estado en el derecho de familia[15] (arts. 269, 326, 402-2, entre otros).

Respecto a este tema, existen dos grandes tendencias:

- *En contra*

  Existe un sector que se opone a la posibilidad de poseer derechos (Penteado, 2008, p. 580) (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 442).

  Esta tendencia es seguida por Savigny.

- *A favor*

  Existen varias teorías a favor de la posesión de derechos. Gomes (2012, pp. 42 y 43) las ubica de la siguiente manera; pueden poseerse:

  i) Todos los derechos

  ii) Solo los derechos patrimoniales

  iii) Solo los derechos reales de goce

  iv) Los derechos personales de carácter extrapatrimonial

  Así, se dice que "los derechos son, de este modo, para la posesión, cosas iguales a los bienes corporales" (Cano Martínez de Velasco, 1992, p. 14).

  Esta tendencia es seguida por Ihering.

La posesión de un derecho es un fenómeno similar, mas no idéntico, al de la posesión de las cosas materiales, de forma que se presenta como el ejercicio efectivo de hecho de un derecho (un hecho jurídico) (Cano Martínez de Velasco, 1992, p. 101).

Los derechos personalísimos (vida, integridad, libertad, honor, intimidad, entre otros), al ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, no son susceptibles de posesión (Tapia Ramírez, 2012, p. 417). Sin embargo, el derecho de autor, el nombre, la imagen y la voz, al ser cedibles, sí pueden ser materia de posesión.

---

15 En lo referente a la posesión de estado de familia —considera Arce y Cervantes— "no se habla de posesión en su sentido técnico, sino en su sentido metafórico, o sea que, simplemente, con esta expresión se quiere decir que el poseedor del estado es el que pasa a tenerlo realmente" (2012, p. 28). En este mismo sentido, Peñailillo (2014, p. 337, nota 482) indica que no puede considerarse posesión a ciertas relaciones de familia, dado que no es el sentido patrimonial que la institución contiene.

En el Código no contamos con una norma que trate sobre la *cuasi* posesión.

Debe indicarse, como dice Cano Martínez de Velasco (1992, p. 13), que el término *cuasi posesión* ha sido superado; hoy día, la posesión es la misma para las cosas y para los derechos.

11.2.3 Universalidades

- *Universitas facti* (una biblioteca)
- *Universitas iuris* (una sucesión)

11.2.4 Estados civiles

Personales o de familia: la llamada *posesión constante de estado*: estado de casado (arts. 269, 272 y 273), estado de conviviente (art. 326), estado de hijo matrimonial (arts. 375 y 376), estado de hijo extramatrimonial (arts. 398, 402 [inc. 2]). Está, además, el caso de la tenencia de los hijos (arts. 340 y 420, y art. 81 del CNA).

11.2.5 Bienes que no pueden ser objeto de posesión

No todos los bienes pueden ser objeto de posesión.

Entre los que no pueden serlo están:

– Bienes futuros
– Bienes inciertos
– Bienes indeterminados
– Bienes semicorpóreos[16]
– Partes integrantes y accesorios
– Aquellos que no son susceptibles de apropiación (luz, aire)
– Bienes de dominio público[17] (playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros[18])

---

16 Eiranova (1998, p. 272) considera que no pueden ser poseídas las personas, fuerzas de la naturaleza, mano de obra, pensamientos y empresas industriales establecidas. Gama (2011, pp. 83 y 84) plantea la dificultad que presenta la posesión de los "nuevos bienes", como las energías (eléctrica, gas, térmica, telefónica, frecuencias de radio, televisión, internet), el *software* y los derechos de autor.

17 "Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para

12. Fundamento de la protección posesoria

Proteger implica resguardar.

Su objetivo es lograr una armonía social respecto de aquello que se protege.

La posesión como derecho real cuenta con una protección legal que permite su realización. De llano, ser poseedor conlleva que la ley cautele la relación que se tiene con el objeto poseído.

Todo poseedor, incluso el de mala fe, merece que su posesión sea protegida.

La protección jurídica de la posesión tiene su fundamento en la necesidad de impedir que ciertas situaciones de hecho sobre los bienes conduzcan a terminar la paz social y propicien anarquía y guerra (Torres Vásquez, 2006, p. 347). Asimismo, hay una razón elemental de orden jurídico: *Nadie puede hacerse justicia por mano propia*. Quien pretende un derecho debe acudir a la justicia, no puede tomar la cosa por su mano propia; de allí que se diga que la protección posesoria tiene un significado *policial* (Borda, 2008, p. 37).

Como se viene indicando, esta protección busca que las relaciones posesorias sean armoniosas. Para Valencia Zea (2012, p. 85), la posesión es protegida para mantener la paz social, mientras que Teles de Menezes (2012, p. 103) considera que la razón para proteger se funda en la paz pública y en la continuidad del ejercicio de las posiciones jurídicas.

En doctrina, siguiendo la tendencia de Ihering, existen dos teorías referidas a la protección posesoria (a la que sumamos otras más).

12.1 Teorías absolutas

El fundamento de la protección se encuentra en la propia posesión.

La posesión es un bien en sí mismo; por tanto, necesitado de protección autónoma (De Reina Tartière, 2012, p. 125).

---

la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley". Reglamento de la Ley general del sistema nacional de bienes estatales, D. S. 007-2008-VIVIENDA, DOEP, 15 de marzo del 2008.

18 El ocupante de un área pública se encuentra en una situación de mero hecho natural de tenencia, sostiene Penteado (2008, p. 570). Este autor distingue posesión (poder hecho), detentación (posesión en nombre de otro) y tenencia (mero contacto físico) (p. 584).

12.2 Teorías relativas

Llamadas *heterónomas*.

El fundamento de la protección se encuentra en circunstancias que son exteriores a la posesión.

Mediante la posesión defendemos otras instituciones cuyo contenido es la relación sujeto-objeto.

12.3 Teorías mixtas

La protección de la posesión está justificada en razón de asegurar la paz y la tranquilidad pública, el respeto de la apariencia del derecho y al orden constituido, para que no se turbe la paz social (Tapia Ramírez, 2012, p. 379).

12.4 Otras teorías

Según Teles de Menezes (2012), la razón de la protección posesoria resulta de la circunstancia de un control fáctico sobre la cosa, ejercido en propio interés de constituir un valor económico, que debe ser disciplinado y protegido como tal (p. 109).

13. Clasificación

La posesión tiene toda una variedad de clasificaciones.

Este punto hace de la posesión una de las instituciones más diversas del derecho.

La posesión es variada, se presenta de muchas formas: la del propietario, depositario, usufructuario, arrendatario, usurpador, comodatario, etc. Cada cual con sus propias facultades: el depositario conserva; el arrendatario o el comodatario usa; el usufructuario usa y disfruta; y el propietario, además de todo ello, dispone.

Una posesión sin calificativo es pura abstracción; cuando nos referimos a ella debemos precisar si es legítima o ilegítima, de buena o de mala fe, viciosa o no, etc. (Musto, 2007, p. 227). La presencia o ausencia de ciertos elementos (objetivos o subjetivos) determina la especialidad de calidades que diversifican y categorizan la posesión en varias especies (Gama, 2011, p. 111).

Entre los tipos de posesión más importantes tenemos:

13.1 Posesión ad usucapionem *y* ad interdicta

Tiene su antecedente en el derecho romano.

La diferencia radica en la posesión como derecho, derecho a la posesión y la defensa de la posesión.

13.1.1 Posesión *ad usucapionem*

Capio usus o adquisición por uso.

Llamada posesión civil (*possessio civilis*).

Cicerón la definía como *patrona generis humanis et finem sollicitudinis et litium* (protectora del género humano y fin de las peticiones y del juicio).

A decir de Carranza y Ternera (2012, p. 32), el papel ortodoxo de la posesión es el de vehículo que conduce a la usucapión; no hay usucapión si no hubo posesión previa y continua (*sine possessione*, *praescriptio non procedit*) durante el término indicado por ley.

Es la prescripción o adquisición por pérdida de derechos por el transcurso del tiempo. Llamada *prescripción adquisitiva* o *usucapión*.

Es el caso de la posesión útil para adquirir dominio vía prescripción adquisitiva[19]: usucapir. Implica un modo de adquirir propiedad. Es la posesión con ánimo de titular: *animus domini*. Requiere que sea pública, pacífica e ininterrumpida. *Animus rem sibi habendi*: intención de tener una cosa como propia, ejercer el dominio. *Animus* y *corpus*.

La *usucapio* convierte la posesión en propiedad.

Funciona *favore possessionis*[20].

Base legal: artículos 950 a 953.

13.1.2 Posesión *ad interdicta*

Llamada posesión natural o interdictal (*possessio naturalis*).

---

19 Su pariente cercano es la prescripción liberatoria o extintiva.

20 A diferencia de la prescripción liberatoria, que funciona *odio negligentiae*.

Es el caso de la posesión como hecho defendida por los interdictos. Implica un modo de proteger la posesión. Es la simple posesión, incluso ilegítima y de mala fe. *Corpus*.

Base legal: artículos 920 y 921.

13.2 Posesión legítima e ilegítima

Se sustenta en la validez y legalidad de la posesión.

El derecho comparado tiende a suprimirla en razón de que es un tema más práctico que doctrinario (Cuadros Villena, 1994, p. 306).

Una posesión legítima puede transformarse en ilegítima, o esta última en legítima (produciéndose una interversión de la posesión; *v. g.*, el precario que adquiere). "La legitimidad o ilegitimidad de la posesión no depende de la relación posesoria en sí, sino de su vinculación con el derecho real de cuyo contenido forma parte" (Musto, 2007, p. 176).

13.2.1 Posesión legítima

Deriva de un acto jurídico válido (art. 140): compraventa, usufructo, servidumbre, entre otros. Nace de un título válido o arreglado a ley. Es siempre de buena fe.

En la posesión legítima, la buena fe se presume.

13.2.2 Posesión ilegítima

Deriva de un hecho. Se carece de derecho porque el acto es inválido, ineficaz o contraviene la ley (arts. 219 a 220); es insuficiente, caduco o deriva de un delito (robo, apropiación). Carece de un título.

Puede ser de buena fe o de mala fe.

Base legal

> Artículo 906.- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.

13.3 Posesión de buena fe y de mala fe

Por sus efectos, es la clasificación más importante. Se deriva de la posesión ilegítima.

Depende del convencimiento de que se es poseedor. Se trata de una clasificación que se esquematiza en el plano subjetivo (interno y de entorno).

La *bonae fidei*, como principio del derecho, implica honradez, integridad en el comportamiento acorde al derecho y rectitud de conducta. La existencia o inexistencia de un vicio subjetivo determina si se trata de una posesión de buena o de mala fe (Gomes, 2012, p. 49).

El ladrón es poseedor de mala fe; el propietario, de buena fe.

Queda claro que una posesión de buena fe puede transformarse en una posesión de mala fe y viceversa.

13.3.1 Posesión de buena fe

Bonae fidei possessio.

Los romanos la conocieron como *possessio iusta*.

Cuando se tiene la convicción de poseer con legítimo derecho, es de buena fe (creencia).

Esta creencia en la legitimidad de la posesión proviene de la ignorancia o error (hecho o derecho) sobre la existencia, invalidez o ineficacia del título (Cuadros Villena, 1994, p. 310). La creencia e ignorancia son dos vertientes de la buena fe (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 111). Musto (2007) sostiene que si el convencimiento se fundamenta en un error o ignorancia de derecho, la buena fe no existe (2007, p. 183) (*ignorantia legis neminem excusat*).

La ignorancia y el error deben resultar excusables; así, la conducta del poseedor debe ser diligente para ser calificado como poseedor de buena fe (Mariani de Vidal, 2009, p. 160). Es el actuar consciente sobre el bien; el obrar sigue al ser (*operari sequitur ese*).

"Bonae fidei possessor loco domini est, et bona fides et tantumdem praestat, quantum veritas domino": "El poseedor de buena fe está en lugar de señor, y la buena fe otro tanto garantiza, cuanto la verdad al dueño".

Efectos

	Buena fe
Presunción	Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario (art. 914).
Posesión ilegítima de buena fe	La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título (art. 906).

(continúa)

(continuación)

Duración de la buena fe del poseedor	La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada (art. 907).
Frutos	La buena fe permite al poseedor adquirir los frutos (art. 908). En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe (art. 946).
Mejoras	El poseedor tiene derecho al valor de las mejoras (art. 917).
Derecho de retención	En los casos que el poseedor deba ser reembolsado de mejoras tiene el derecho de retener (art. 918).
Especificación	El objeto hecho de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada (art. 937).
Accesión industrial inmobiliaria	Cuando se edifique de buena fe en un terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno (art. 941). Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno (art. 942). Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido. Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente (art. 944). El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 945).
Pérdida	El poseedor de buena fe no responde de la pérdida o detrimento del bien por caso fortuito o fuerza mayor (art. 909, interpretación *a contrario sensu*).
Prescripción adquisitiva	*Corta. De inmuebles*: i) Cinco años con justo título y buena fe (art. 950, segundo párrafo). *De muebles*: ii) Dos años por posesión continua, pacífica y pública como propietario si hay buena fe (art. 951).
Adquisición *a non dominus*	Adquiere el dominio quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, aunque el enajenante carezca de facultad para hacerlo (art. 948).
Defensa posesoria	Derecho del poseedor de cautelar su derecho sobre el bien (arts. 920 y 921).

Base legal

> Artículo 906.- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.
>
> Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.
>
> Artículo 908.- El poseedor de buena fe hace suyos los frutos.

13.3.2 Posesión de mala fe

Mala fidei possessio.

Existe cuando se detenta una posesión a sabiendas de que no se tiene derecho a ella. Falta la convicción de actuar con respeto de los derechos ajenos legítimamente constituidos (González Linares, 2012, p. 205). Una posesión de buena fe puede devenir en una de mala fe, de forma que esta última afecta a la posesión: *mala fides superveniens nocet* (la mala fe sobrevenida daña el negocio). Se trata de un vicio subjetivo concerniente a la convicción interna del poseedor acerca de la legitimidad de su posesión (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 83).

Efectos

	Mala fe
Presunción	La mala fe debe probarse.
Frutos	El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir (art. 910). En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe (art. 946).
Mejoras	Las mejoras útiles no se reembolsan si son de mala fe (art. 917).
Accesión industrial inmobiliaria	Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno (art .942). Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso, la demolición es de cargo del invasor (art. 943).

(continúa)

(continuación)

Accesión industrial inmobiliaria	Cuando la invasión a que se refiere el artículo 944 haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943 (art. 944). El que de mala fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 945).
Pérdida	El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular (art. 909).
Prescripción adquisitiva	*Larga. De inmuebles*: i) Diez años por posesión continua, pacífica y pública como propietario si hay mala fe (art. 950, primer párrafo). *De muebles*: ii) Cuatro años si hay mala fe (art. 951).
Defensa posesoria	Derecho del poseedor de cautelar su derecho sobre el bien (arts. 920 y 921).

Base legal

Artículo 909.- El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular.

Artículo 910.- El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir.

Cuadro comparativo de los efectos según la posesión sea de buena o de mala fe

	Buena fe	Mala fe
Presunción	Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario (art. 914).	La mala fe debe probarse.
Frutos	La buena fe permite al poseedor adquirir los frutos (art. 908). ◦ En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe (art. 946).	El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir (art. 910). ◦ En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe (art. 946).

(continúa)

(continuación)

Mejoras	El poseedor tiene derecho al valor de las mejoras (art. 917).	Las mejoras útiles no se reembolsan si son de mala fe (art. 917).
Derecho de retención	En los casos en que el poseedor deba ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retener (art. 918).	
Especificación	El objeto hecho de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada (art. 937).	
Accesión industrial inmobiliaria	Cuando se edifique de buena fe un terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno (art. 941). Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno (art. 942).	Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno (art. 942). Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor (art. 943).
	Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido. Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente (art. 944).	Cuando la invasión a que se refiere el artículo 944 haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943 (art. 944).
	El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 945).	El que de mala fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (art. 945).

(continúa)

(continuación)

Pérdida	El poseedor de buena fe no responde de la pérdida o detrimento del bien por caso fortuito o fuerza mayor (art. 909, interpretación *a contrario sensu*).	El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular (art. 909).
Prescripción adquisitiva	*Corta. De inmuebles*: i) Cinco años con justo título y buena fe (art. 950, segundo párrafo). *De muebles*: ii) Dos años por posesión continua, pacífica y pública como propietario si hay buena fe (art. 951).	*Larga. De inmuebles*: i) Diez años por posesión continua, pacífica y pública como propietario si hay mala fe (art. 950, primer párrafo). *De muebles*: ii) Cuatro años si hay mala fe (art. 951).
Adquisición a non dominus	Adquiere el dominio quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, aunque el enajenante carezca de facultad para hacerlo (art. 948).	
Defensa posesoria	Derecho del poseedor de cautelar su derecho sobre el bien (arts. 920 y 921).	

13.4 Posesión mediata e inmediata

O *indirecta* y *directa*, respectivamente.

Su origen lo encontramos en el derecho alemán.

Conocida como la concurrencia horizontal de posesiones. Son dos los poseedores respecto de un mismo bien. El vínculo de los sujetos y el objeto se desarrolla en una línea paralela y se interrelacionan ambos con el bien, cada cual acorde con su respectiva posición y estado. Se trata de un desdoblamiento de la posesión.

Para Maisch von Humboldt (p. 28), esta diferenciación se desprende de la teoría objetiva de Ihering, para quien hay posesión cuando existe un *corpus*: se tiene el objeto; en este caso, la posesión la tiene el poseedor *mediato*. Este posee a través del inmediato.

Sobre un mismo bien puede haber varios poseedores, siempre que lo sean por conceptos, naturalezas y categorías distintas, salvo el caso de la cotitularidad de derechos (Serrano Alonso y Serrano Gómez, 2005, p. 174).

Se produce un *desmembramiento de la posesión*, entendido como fenómeno que se verifica cuando el propietario, efectivizando una relación jurídica negocial con un tercero, le transfiere el poder de hecho sobre la

cosa (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 67). La posesión se descompone en dos: directa e indirecta. En caso de que sea el propio titular el que tenga el bien (el propietario que vive en la casa), nos referimos a un caso de posesión plena, no de posesión directa, pues para que esta exista debe darse la indirecta.

Estas dos clases de posesiones, mediata e inmediata, deben concurrir respecto de una misma cosa. Para hablar de un poseedor mediato se requiere de uno inmediato que esté en posesión de la cosa y que entre ambos exista un vínculo jurídico (Maisch von Humboldt, 1984, p. 28), una relación jurídica o social que —como dice Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 476)— es la clave de la mediación posesoria en virtud de la cual se entrega un bien en forma temporal, lo que implica que el bien recibido debe devolverse luego de vencido el plazo.

Este tipo de posesión demuestra claramente que el presupuesto fáctico de la posesión no es la aprehensión de la cosa ni la posibilidad de aprehenderla, sino cierto señorío sobre ella (Borda, 2008, p. 32).

Sus sujetos son:

– ***Poseedor mediato***

Poseedor superior —*Oberbesitzer*— u originario.

Es aquel que no tiene el bien (poseedor no efectivo o nudo poseedor). Quien entrega, *tradens* o tradente. Es el que ejerce la posesión indirecta.

– ***Poseedor inmediato***

Poseedor inferior, subposeedor —*Unterbesitzer*—, mediador posesorio —*Besitzmittler*— o poseedor subordinado o derivado.

Es aquel que tiene el *corpus possessionis* (poseedor efectivo). Quien recibe (*accipiens*) y usa a su favor el bien de otro. Llamado *intermediario posesorio*. Es quien ejerce la posesión directa.

Este tipo de posesión tiene como característica la temporalidad. El desdoblamiento de la posesión se basa en la relación transitoria de transferencia de los poderes dominiales (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 68); de allí que la enfiteusis, como derecho real, haya sido dejada sin efecto por su característica de entregar la posesión con carácter perpetuo.

Ejemplos:

Acto jurídico	Poseedor	
	Mediato	**Inmediato**
Uso	Usante	Usuario
Cesión	Cedente	Cesionario
Depósito	Depositante	Depositario
Usufructo	Usufructuante	Usufructuario
Comodato	Comodante	Comodatario
Superficie	Nudo propietario Superficiante	Superficiario
Servidumbre	Servidor	Servido
Arrendamiento	Arrendador	Arrendatario
Locación de servicio	Locador	Locatario

En el caso de la superficie es diferente:

– El superficiario es poseedor inmediato de lo construido y del terreno.

– El superficiante (propietario del terreno, llamado *nudo propietario*) es poseedor mediato solo del terreno, puesto que lo construido no le pertenece.

El poseedor mediato es el verdadero poseedor (*verus possessor*); el inmediato es el que posee en nombre del primero: *espiritualización de la posesión* (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 68) o *nuda possessio* (Gomes, 2012, p. 57). Hay dos posesiones, presentándose un concurso posesorio que es totalmente distinto de una coposesión. El último es un derecho real; el segundo, consecuencia del mismo.

En los casos vistos existe una mediación posesoria sustentada en un título; por tanto, válida y eficaz. La carencia de una relación jurídica implica que no exista posesión: es el caso del ladrón o de quien encuentra un bien en la vía pública. Estos no son poseedores, aun cuando, siguiendo la teoría objetiva de Ihering —vigente en nuestro sistema—, sí serían poseedores al considerarse propietarios sin que realmente lo sean (Lama More, 2012, p. 61).

De esta clasificación surgen dos derechos:

1. *Ius possessionis*: derecho de poseer. Se viene usando el bien. Posesión inmediata (posesión no dominial). Es el hecho en sí. Aseñoramiento o enseñoramiento del bien.

2. *Ius possidendi*: derecho a la posesión o derecho a poseer. Se puede reclamar el bien. Posesión mediata (posesión adherida al dominio). Es el derecho.

- Inmediata	***Ius***	*Possessionis*	Derecho de poseer
- Mediata		*Possidendi*	Derecho a la posesión

Quien tiene el *ius possidendi* goza de una situación más tranquila; quien goza del *ius possessionis* debe demostrar la posesión todo el tiempo: no se trata de una posesión presumida (Gama, 2011, p. 122).

Hay casos en que se transfiere solo uno y casos en que se transfieren ambos:

– El propietario tiene el *ius possidendi.*

– El arrendamiento implica transferir el *ius possessionis.*

– El usufructo implica transferir el *ius possessionis* y parte del *ius possidendi.*

13.4.1 Mediación posesoria

De esta clasificación se determina que, aun cuando falte el contacto material con el bien, la posesión se conserva: el propietario mantiene la posesión por mediación del arrendatario. El arrendatario, como mediador posesorio, ejercita la posesión en nombre del propietario, que es el poseedor del grado superior: un poseedor *maior* frente a un poseedor *minor*.

13.4.2 Concurrencia de posesiones

También llamada sobreposición de posesiones, pluralidad de posesiones, desmembramiento de la posesión (Gomes, 2012, p.55), concurso de posesiones (Teles de Menezes, 2012, p. 125), posesiones paralelas (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 69), escala posesoria, edificio de posesiones (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 478).

Se da una coexistencia de posesiones, lo que determina que se produzca una *espiritualización* de la posesión.

Se trata de un concepto de Ihering, que implica el desdoblamiento de la relación posesoria.

Es un fenómeno que se verifica cuando el propietario efectiviza la relación jurídica con un tercero, transfiriendo el poder de hecho sobre la cosa.

Se da cuando sobre un mismo bien convergen distintos poseedores, ejercitándose un poder variado sobre la cosa (De Reina Tartière, 2012, p. 140). Quien tiene la cosa la cede a otro temporalmente para su uso. Aquel que la entrega no pierde la posesión, la conserva de forma indirecta y mediata, mientras que quien la recibe pasa a poseer de forma directa e inmediata. Este fenómeno se evidencia siempre que varias personas tengan posesión sobre la misma cosa (Teles de Menezes, 2012, p. 125).

Se trata de una coexistencia pacífica, consecuencia del desdoblamiento de la relación posesoria (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 69). Como dice Gomes (2012), "entre el poseedor y la cosa se interpone alguien que pasa a detentarla temporalmente, de suerte que el otro, en rigor, perdería la posesión actual de la cosa si esta fuese entendida como de su detentación, quedando, apenas, con el derecho de recuperarla más adelante" (p. 55). La posesión se divide en dos, ambas resultantes con trascendencia, sin que la directa implique la anulación de la indirecta, en razón de que las causas de origen sobre el bien son distintas.

Se presenta cuando, de manera simultánea, varias personas ejercitan un poder de hecho sobre un mismo bien, pero en grados diferentes; *v. g.*, arrendador y arrendatario, o propietario y usufructuario. No se da en el caso de los copropietarios, pues estos tienen derechos homogéneos.

Sin embargo, para Gama, la posesión directa e indirecta es un caso de desmembramiento vertical de la posesión; y la coposesión, un caso de desmembramiento horizontal de la posesión (2011, p. 112).

Así tenemos que en la concurrencia de posesiones se da:

- Una misma cosa (unidad en el objeto)
- Coexistencia de varias posesiones (pluralidad de poseedores)
- Posesiones de distinta naturaleza (heterogeneidad del poder ejercido sobre la cosa)

13.4.2.1 Características

Presenta las siguientes características:

- Se da en los casos de posesión.
- Es lo contrario a la posesión plena.
- Determina la posesión directa y la indirecta.
- Crea el derecho de oposición entre los poseedores.

- Es temporal; se basa en una relación jurídica transitoria.
- En la tenencia (art. 897) no existe posesión directa ni indirecta.
- Responsabilidad del poseedor directo respecto del uso del bien.
- A quien adquiere la posesión solo le corresponde el aprovechamiento físico del bien.
- Es subordinada o derivada; su ámbito de actuación es limitado al poseedor indirecto, acorde con la relación jurídica celebrada.
- Se determina por imperio de la ley o por acuerdo entre las partes (relación jurídica que puede derivar del ámbito de los derechos reales, derecho de las obligaciones, derecho de familia o derecho de sucesiones).
- Se requieren dos partes: el propietario y un tercero. No se produce la bipartición de la posesión en el caso de un propietario poseedor y de la posesión natural, siendo esta última autónoma.

13.4.2.2 Clases

Podemos asumir el criterio de Teles de Menezes (2012, pp. 125 y 126), que distingue varias clases:

Concurrencia de posesiones				
Sobreposición	Comunión	Conflicto	Bipartición	Tripartición

- ***Sobreposición de posesiones***, cuando una cosa es poseída a través de derechos distintos (propietario que constituye usufructo; en este caso, cuando el usufructuario ejerce los poderes *de facto* sobre la cosa, tendrá la posesión *en nombre propio* y ejercerá la posesión *en nombre ajeno* relativa a la propiedad). Según Vieira, la sobreposición de posesiones se da siempre que haya más de una posesión en simultáneo de la cosa en los términos de un mismo o diferente derecho real (2008, pp. 640 y 641. Asimismo, distingue:
- Respecto de un mismo derecho real:
  - Compatibles. Es un caso de coposesión: copropietarios u otros comuneros (cousufructuarios, cosuperficiarios, etc.).
  - Incompatibles. Este es un caso de sobreposesión. Este puede darse cuando a un mismo tiempo existe sobreposición de posesiones

y coposesión. Respecto de la misma cosa, recaen posesiones en términos de varios derechos reales de goce (*v. g.*, propiedad, usufructo, servidumbre), y hay varios poseedores respecto de cada uno de dichos derechos reales. En este caso, tenemos: sobreposición de posesiones (posesiones simultáneas en términos de derechos reales distintos) y coposesión (posesiones simultáneas compatibles en términos de un mismo derecho real).

– Respecto de diferentes derechos reales:

  Es el supuesto de varias posesiones constituidas en simultáneo en términos de diferentes derechos reales de goce; estas posesiones son *ab initio* compatibles y coexisten sobre la misma cosa, de la misma forma como coexisten los derechos reales mayores y los derechos reales menores.

– ***Comunión de posesiones***, es decir, una cosa es poseída por varios a través de un mismo derecho, siendo el caso típico el de la coposesión (puede darse también el cousufructo, la coservidumbre, la cosuperficie).

– ***Conflicto de posesiones***, que surge sobre la base de dos personas con un derecho real respecto de una misma cosa. Ambas se disputan el derecho sobre la cosa en razón de la adquisición realizada (dos poseedores que adquirieron el mismo bien por transferencia de su titular).

– ***Bipartición de la posesión***

El Código Civil, en el artículo 905, reconoce —*expressis verbis*— la bipartición de la posesión y autoriza sobre un mismo bien dos especies de poseedores: el inmediato y el mediato.

Coexisten, así, dos categorías simultáneas de posesión: la directa y la indirecta.

– *Posesión directa*: es la relación inmediata con la cosa; se posee directamente (primaria), de forma autónoma. Se tiene el bien. Es lo que se conoce como la *porción vital de la posesión*, y se recibe una posesión.

  V. g.: locatario, comodatario, usufructuario.

– *Posesión indirecta*: es la relación mediata con la cosa; se posee indirectamente (secundaria), de forma subordinada. No se tiene el bien. Es lo que se conoce como *los residuos de la posesión*. Se cede la posesión sin perderla.

V. g.: locador, comodante, usufructuante.

– ***Tripartición de la posesión***

Puede darse una *tripartición de la posesión*, dado que la posesión indirecta puede ser materia de fraccionamiento (arrendatario que subarrienda), no así la posesión directa, que es una sola. Esto es lo que se conoce como *grados de la posesión*. El desdoblamiento de la posesión puede comportar una verticalización de varios grados (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 71).

Tenemos el caso del subarrendamiento:

Arrendamiento	Posesión	Subarrendamiento	Posesión
Arrendador	Indirecta		Indirecta
Arrendatario	Directa	Subarrendador	Indirecta
		Subarrendatario	Directa

En este caso, la posesión directa es la del subarrendatario; el resto de posesiones son indirectas en relación con el subarrendamiento. Si *A* (propietario del bien) arrienda a *B*, *A* es el arrendador originario y *B* el arrendatario; si *B* subarrienda el bien, *B* sería un arrendador derivado y *C* el nuevo arrendatario en relación con *B*, pero subarrendatario en relación con *A*.

Otro caso es el contrato de arrendamiento que realiza el usufructuario: *A*, propietario, cede un bien en usufructo a *B*, quien lo arrienda a *C*.

La posesión mediata admite grados sucesivos, dependiendo del número de personas que tengan el goce. Debemos tomar en cuenta que ninguno de los poseedores intermedios pierde su calidad por transmitir la tenencia de la cosa a otra persona; *v. g.*, propietario que da en arrendamiento y arrendatario que cede en uso el bien: se da una tripartición de la posesión. La posesión inmediata no admite graduación; *v. g.*, un estudiante arrendatario de un ordenador lo deja al cuidado de su primo antes de salir de viaje: el poseedor inmediato será el primo, y el poseedor mediato, el propietario que arrendó.

Quien finalmente detente la tenencia será el poseedor inmediato.

Base legal

> Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

13.5 Posesión en nombre propio y en nombre ajeno

Nomine proprio y *nomine alieno.*

La regla es que la posesión inmediata sea la misma que la posesión en nombre propio (aparte de ser mío, tengo eso que es mío); sin embargo, existen casos en que un poseedor en nombre ajeno —inmediato— se convierte en poseedor mediato (usufructuario que arrienda).

De esta manera, no puede identificarse necesariamente la posesión en nombre propio con la posesión mediata, ni la posesión en nombre ajeno con la posesión inmediata (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 71).

13.5.1 Posesión en nombre propio

Llamada *perfecta.*

Civilis possessio o *possessio pro suo* para los romanos.

Es exclusiva. Quien posee tiene el bien para sí —como suyo—, con intención de ser propietario (*animo domini*).

13.5.2 Posesión en nombre ajeno

Llamada *imperfecta.*

Possessio naturalis o *possessio alieno nomine* para los romanos.

Es la tenencia. Quien posee lo hace en nombre de un tercero. Está subordinada a la voluntad de quien tiene el bien. Cuenta con poderes sobre la cosa, pero cuyo ejercicio es diferente del de la posesión.

13.6 Posesión viciosa y no viciosa

Se sustenta en la legitimidad.

Esta clasificación nos permite apreciar que la posesión puede ser adquirida de forma lícita o ilícita.

13.6.1 Posesión viciosa

Llamada *injusta*, *delictuosa* o *violenta*, es ilícita.

Es aquella posesión obtenida por coacción física o moral, en algunos casos, a través de un ilícito penal (usurpación, robo). Su calidad es ilegítima y, además, típica como delito.

Puede ser:

– Violenta: por *vis absoluta* o *vis compulsiva*; *nec vi.*

– Precaria: se adquiere por abuso de confianza; *nec precario.*

– Clandestina: se da mediante artificios o hechos ocultos; *nec clam.*

Tapia Ramírez (2012) nos dice que los vicios de la posesión son la violencia, la discontinuidad, la clandestinidad y la equivocidad (p. 409). Se trata de vicios objetivos referidos al modo a través del cual la posesión fue adquirida y a la situación del mundo fáctico (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 83); son casos de detentación autónoma (Gama, 2011, p. 92).

La *purgatio vitii* —el cese de los actos violentos en la posesión— la convierte en una posesión no viciosa. Es una cura a la ilegitimidad posesoria.

13.6.2 Posesión no viciosa

Llamada *justa*, es lícita.

Es una posesión pacífica, no violenta o tolerada.

Está amparada por el derecho, por ser legítima. Se adquiere y conserva acorde con la ley.

13.7 Posesión continua y discontinua

Depende del tiempo en el cual se ejerza.

13.7.1 Posesión continua

Llamada *ininterrumpida. Ad permanenti.*

En la posesión, la continuidad es requisito *sine qua non* (Maisch von Humboldt, 1984, p. 36), lo que representa que esta se conserva incluso si existe un impedimento en su ejercicio, debido a hechos pasajeros (art. 904).

No podemos referirnos a una posesión momentánea; *v. g.*, es el caso del derecho de pasada, facultad de uno de los vecinos para que sus animales pasten en el predio de otro; es un acuerdo oneroso, pero no hace perder la posesión a quien concede el derecho (Borda, 2008, p. 52).

13.7.2 Posesión discontinua

Llamada *interrumpida. Ad intervalli.*

Reinterpretando a Maisch von Humboldt (1984, p. 36), la posesión discontinua se ejerce con lagunas, lo contrario a lo que ocurre con la continua.

Tiene momentos o épocas en las que no se ejerce; vale decir, no hay permanencia en el tiempo respecto de su ejercicio sobre el bien.

Base legal

> Artículo 904.- Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera.
>
> Artículo 915.- Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

13.8 Posesión precaria

Del latín *precarius*: lo obtenido con base en ruegos o súplicas. Deriva de *prex*, *precis*, ruego, súplica, que nos da "preces"[21].

Para el *Diccionario de la lengua española*[22], precario es "3. adj. *Der.* Que se tiene sin título, por tolerancia o inadvertencia del dueño".

La posesión precaria es ilegítima y de mala fe.

Es una forma de adquirir posesión, en general, de forma ilegítima y contraria a derecho.

Se presenta por dos situaciones:

- Cuando se carece de título (nunca se tuvo)
- Cuando el título que se tenía feneció (caducó teniéndolo); *v. g.*, contrato preparatorio con plazo vencido[23].

En la posesión precaria no se tiene título alguno que ampare la posesión. No es poseedor precario quien acredite propiedad con documento privado[24]. Dice Cuadros Villena (1994, p. 306) que el poseedor con título putativo resultaría un poseedor precario de buena fe.

---

21 http://etimologias.dechile.net/?precario, consultado el 16 de octubre del 2016.

22 <www.rae.es>, consultado el 16 de octubre del 2016.

23 El contrato preparatorio que no ha sido renovado no puede ser considerado como título legítimo para poseer. En estos casos, procede el desalojo por ocupación precaria. "Un contrato preparatorio de compraventa, cuyo plazo haya vencido, no puede ser considerado como título legítimo para poseer. Por ello, deviene en precario quien se encuentra poseyendo un predio en virtud de dicho contrato, si este no se ha renovado, conforme lo establece el artículo 1417 del Código Civil. El título, en este caso, debe entenderse como fenecido". Cas. 1741-2014-Lima.

24 Exp. 01811-2013-0-0601-JR-CI-03, Sala Especializada Civil Permanente de la Corte Superior de Cajamarca. Proceso de desalojo por ocupación precaria.

No existe precariedad en los siguientes casos (González Linares, 2012, p. 206):

- Cuando se posee título de propietario
- Cuando se posee sobre inmuebles de propiedad ajena (usufructuario, superficiario)
- Cuando se ha cumplido el plazo de arrendamiento, artículo 1700 (la terminación del plazo de arrendamiento no hace fenecer el título posesorio; el arrendatario debe seguir pagando la renta: art. 1704).

La casación 2945-2013-Lima, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha determinado que los abuelos de la propietaria de un bien inmueble no pueden ser considerados como poseedores precarios, dada la relación familiar que existe entre la demandante y los demandados.

Asimismo, el Cuarto Pleno Casatorio Civil (2011)[25] establece que el ocupante precario es aquel que ocupa un inmueble ajeno sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título, en razón de su extinción, ya no genera protección para quien lo ostenta.

Base legal

> Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

13.9 Posesión exclusiva y coposesión

El criterio de esta distinción está en el número de poseedores.

13.9.1 Posesión exclusiva

La posesión exclusiva es la regla. Un único poseedor; singular.

Por naturaleza, toda posesión es exclusiva (si una persona posee un bien, este no puede ser poseído por otro). Se da cuando la posesión recae en cabeza de un solo sujeto.

Se sustenta en el principio *duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest* (dos personas no pueden poseer una cosa en su totalidad), conocido como el principio *possessio plurium in solidum*.

---

25 Cas. 2195-2011-Ucayali, DOEP, 14 de agosto del 2013.

La *possessio plurium in solidum* se produce cuando varias personas poseen la misma cosa sin limitaciones, lo cual es negado también por el derecho moderno[26]. La posesión implica un poder físico inmediato (Gama, 2011, p. 93): dos personas no pueden tener una cosa al mismo tiempo (Gomes, 2012, p. 46).

13.9.2 Coposesión

La coposesión es la excepción. Varios poseedores; es múltiple y plural.

Es poseer de forma conjunta un bien, sin excluirse el uno al otro. De allí la justificación del prefijo "co", que indica unión o colaboración. *Todos* comparten *todo* del bien.

13.10 Posesión natural y posesión civil

El Código del 52 diferenció (art. 466) las siguientes posesiones:

- Posesión natural, por la mera aprehensión corporal de la cosa
- Posesión civil, por ministerio de la ley, *ope legis*, aun sin dicha aprehensión

Otros las distinguen calificando a la posesión natural como la mera tenencia y destacando en la posesión civil la intención de tener la cosa como suya (Serrano Alonso y Serrano Gómez, 2005, p. 173); *i. e.*, poseo como *titular de un derecho real* o poseo como *dueño*.

13.11 Posesión causal y posesión formal

La posesión causal está acompañada de la titularidad del derecho.

En la posesión formal se carece de la titularidad del derecho.

13.12 Posesión pública y posesión oculta

La posesión pública es conocida por todos.

En la posesión oculta, llamada *clandestina* (*nec clam*), su conocimiento no es posible.

---

26 El art. 899, *in fine*: "Cada poseedor puede ejercer sobre el bien actos posesorios, con tal que no signifiquen la exclusión de los demás".

13.13 Posesión con justo título y sin justo título

Es una clasificación importante para efectos de la *usucapio*.

El justo título (*iusta causa*) es la causa eficiente de la posesión. Implica haber adquirido la posesión mediante un acto jurídico válido y eficaz; de allí que esta posesión se vincule con la posesión de buena fe: *titulus iustus* y *bona fidei*, y lleve a una *usucapio* corta u ordinaria.

Los justos títulos son tantos cuantos los medios para adquirir propiedad:

- *Pro donato*: la posesión se recibe por donación.
- *Pro legato*: se la recibe a título de legado.
- *Pro emptore*: el poseedor compra la cosa.
- *Pro herede*: se adquiere la posesión por herencia.
- *Pro soluto*: se la adquiere en dación en pago.
- *Pro derelicto*: cuando se apodera de una cosa en calidad dueño.

En la posesión sin justo título, el poseedor carece de un título de adquisición, lo que normalmente lleva ínsita la mala fe y lleva a una *praescriptio longi temporis* o extraordinaria.

13.14 Posesión trabajo, posesión social, posesión morada y posesión legitimada

Penteado (2008, p. 595) plantea esta interesante clasificación:

- Posesión legitimada: posesión con título de legitimación.
- Posesión social: se tutela la posesión de la población de escasos recursos.
- Posesión morada: se tutela la posesión del lugar donde la persona y su familia habitan[27].
- Posesión trabajo: junto a los poderes de dueño, existe el desempeño de actividades productivas y laborales sobre el bien (el agricultor que cuida la tierra con su trabajo, bien productivo, *fundus instructus*).

27 La Constitución Política del Perú de 1979 consideraba, en su artículo 10, que "Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa".

14. Presunciones legales

Con la finalidad de probar la posesión, el Código considera cinco presunciones que permiten delimitar la posesión en casos en los que exista incertidumbre acerca de ella.

Las presunciones posesorias representan un mecanismo de favorecimiento al poseedor. Plantean una certeza, absoluta o relativa, de un supuesto de hecho. Como tales, al favorecer al poseedor o a la posesión *per se*, invierten la carga de la prueba: quien debe probar es aquel que quiere contradecir la presunción, no aquel que goza de ella.

El Código del 36 no trató de forma independiente a las presunciones; estuvieron en uno y otro lugar, sin una regulación especial y concreta; lo mismo sucedió con el Código del 52. El Código del 84 las regula de manera especial y orgánica en el capítulo cuarto del título primero de la posesión, *Presunciones legales*, dándoles el espacio en mérito a su importancia.

Como dice Arce y Cervantes (2012, p. 27), "El que posee tiene mejor derecho del que no posee, *beati possidentes*" (felices los que poseen), lo que representa la importancia de las presunciones. Estas son:

Presunción	1. De propiedad
	2. De posesión de los accesorios
	3. De posesión de los muebles
	4. De buena fe del poseedor
	5. De continuidad de la posesión

Son presunciones de dos órdenes:

- Absolutas o *iure et de iure*: artículo 913 y segundo párrafo del artículo 914.
- Relativas o *iuris tantum*: admiten prueba en contrario; en estos casos, corresponde la inversión de la carga de la prueba: artículos 912, 914 (primer párrafo) y 915.

Art.	Texto	Presunción
912	El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.	*Iuris tantum*
913	La posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios. La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él.	*Iure et de iure*
914	Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario. La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona.	*Iuris tantum* *Iure et de iure*
915	Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.	*Iuris tantum*

Las presunciones posesorias se basan en una posesión actual (Arias Schreiber, 1991, p. 138) y se aplican tanto para bienes muebles como para inmuebles.

Veámoslas una a una.

14.1 Presunción de propiedad

Es una presunción originaria.

El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. La regla es que en la posesión vale el título.

Es una presunción *iuris tantum*. La carga de la prueba recae en quien no tiene la posesión, *i. e.*, en el demandante o propietario[28].

La regla es que todo poseedor sea propietario y que todo propietario sea poseedor, pero ante ello surgen excepciones: el poseer sin ser propietario. El llamado a ejercer la posesión es siempre el propietario (González Linares, 2012, p. 274); es el poseedor por excelencia (Borda, 2008, p. 31).

28 En las transacciones de compraventa de inmuebles, la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar quién o quiénes detentan la posesión del inmueble, en relación con lo dispuesto en el artículo 912 del Código Civil, que indica que al poseedor de un bien se le reputa propietario mientras no se demuestre lo contrario. Cas. 3187-2013-Cajamarca, DOEP, 30 de junio del 2015.

Esta presunción se sustenta en la publicidad física que otorga la posesión, además que esta —a decir de Cuadros Villena (1994, p. 327)— es la manifestación externa del derecho de propiedad. Se toma de la realidad el hecho de que la calidad de poseedor recae en el propietario; quien tiene el bien lo presume como titular. Esta es la regla; la excepción es que posea quien no es propietario (arrendatario, usufructuario).

> Si *A* vive en una casa, presumo que es propietario. Intuyo que lo sea, aunque en realidad solo es poseedor, dado que la casa es de *B*.

Respecto de los bienes muebles, esta presunción es más intensa (Maisch von Humboldt, 1984, p. 27), tomando en cuenta que el artículo 948 indica que aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro una cosa mueble adquiere el dominio, aunque el enajenante carezca de facultades para hacerlo. En este caso, se aplica la regla de que la posesión de bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título (*possession vaut titre*) (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 98).

Existe una semejanza de esta presunción con la presunción de titularidad del derecho de posesión —*i. e.*, quien posee es porque tiene el derecho[29]—, la cual se basa en la regla "poseo porque poseo" (*possideo quia possideo*). La posesión se asemeja a la propiedad; en todo caso, es la base de esta; quien posee es porque tiene un derecho sobre el bien. En este mismo sentido, el *common law* tiene un célebre adagio: "*possesion is 9/10 of the law*", que deriva de la expresión escocesa "*possession is eleven points in the law, and they say there are but twelve*" (Teles de Menezes, 2012, p. 146).

Esta presunción opera en la pretensión reivindicatoria (González Linares, 2012, p. 194).

14.1.1 Límites de la presunción

Esta posesión no opera —es decir, no puede oponerse— en los siguientes casos:

– El poseedor inmediato al poseedor mediato

Es el caso de la mediación posesoria.

---

29 Código portugués. Art. 1268.- (Presunção da titularidade do direito). 1. O possuidor goza da presunção da titularidade do direito excepto se existir, a favor de outrem, presunção fundada em registo anterior ao início da posse. 2. Havendo concorrência de presunções legais fundadas em registo, será a prioridade entre elas fixada na legislação respectiva.

Dos poseedores; uno que tiene el bien, frente a otro que derivó el ejercicio del derecho a poseer. *A* lo tiene porque *B* se lo dio. Al poseer un bien que otro derivó, no puede adjudicarse un mayor derecho de aquel quien entregó el bien. *B* es el poseedor a pesar de que no goce del ejercicio del derecho.

Se presentan dos tipos de posesión:

Posesión inmediata: es la del que tiene el bien o el derecho de poseer. Poseo en nombre de otro. Es el caso de *A*.

Posesión mediata: es la del que entrega el bien o el derecho de posesión. Poseo en nombre propio. Es el caso de *B*.

– Al propietario con derecho inscrito

La inscripción determina la titularidad del bien frente a terceros, siendo prueba y medio de oponibilidad.

Base legal: artículo 912.

Sus antecedentes los tenemos en el artículo 827 del Código del 36 y el inciso 1 del artículo 470 del Código del 52.

14.2 Presunción de posesión de derivados

La posesión de un bien presume la posesión de todo aquello que este contenga.

Es una presunción *iure et de iure*.

Base legal: artículo 913, primer párrafo.

14.2.1 De posesión de bienes accesorios

Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La posesión de un bien, mueble o inmueble, hace presumir la posesión de sus accesorios.

Debe considerarse el término *accesorio* en sentido amplio:

– Frutos (art. 890)

– Productos (art. 894)

– Accesorios (art. 888)

– Partes integrantes (art. 887)[30]

30 Cas. 2157-2015-La Libertad. "Los pisos o niveles no pueden ser objeto de derechos singulares mientras funcionen como partes integrantes de un mismo inmueble. En ese sentido, una de-

14.2.2 De posesión de bienes muebles

Principio de extensión a los bienes muebles.

La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él.

Díez-Picazo y Gullón (1986) citan como ejemplo: "Si el inquilino habita una casa, debe suponerse que son suyos los objetos que hay en ella, pues no es costumbre que en el contrato de inquilinato se faciliten muebles ni otros objetos" (p. 121).

Base legal: artículo 913, segundo párrafo.

Sin precedentes en el Código del 36, ni en el del 52.

14.3 De buena fe del poseedor

También llamada *presunción de probidad.*

La regla es: se presume la buena fe del poseedor, salvo que se pruebe lo contrario.

Es una presunción *iuris tantum.*

Como expresión de la propiedad, toda posesión se presume de buena fe a pesar de que la buena fe sea un concepto subjetivo.

La buena fe posesoria consiste en la convicción que tiene el poseedor de la legitimidad basada en el justo título, *iusta causa possessionis*, un título de propiedad o, en su caso, en un título posesorio como derivación de un derecho subjetivo material (propiedad) (González Linares, 2012, p. 196).

Para Vieira (2008, p. 571), el poseedor de buena fe:

- Ignora que su posesión viola el derecho ajeno (buena fe subjetiva psicológica); o
- Desconoce sin culpa que su posesión lesiona el derecho de ajenos (buena fe subjetiva ética).

Esta presunción va de la mano con el hecho de que las relaciones posesorias se presumen legítimas, *i. e.*, implican el ejercicio regular del derecho posesorio, una suerte de presunción de licitud de las relaciones posesorias

---

claración de mejor derecho de propiedad sobre una edificación con ambientes interconectados debe estimarse como improcedente, en atención al artículo 887 del Código Civil". www.laley.pe, revisado el 23 de diciembre del 2016.

(Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 84), *indubio pro poseedor*. Además de ello, evita al poseedor la siempre difícil prueba de la buena fe (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 118), *probatio diabolica*.

La buena fe en la posesión se sustenta en los siguientes principios:

– La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título (art. 906).

– La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en un proceso, si la demanda resulta fundada (art. 907).

Para mayor referencia, véase el cuadro de los efectos de la posesión de buena fe.

La excepción es: la posesión de buena fe no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona, lo cual opera como una presunción *iure et de iure*.

Base legal: artículo 914.

Sin precedentes en el Código del 36, ni en el del 52.

14.4 De continuidad de la posesión

Conocida como *presunción de no interrupción* (Maisch von Humboldt, 1984, p. 27) o *presunción de posesión intermedia* (Benavides Reverdito, 2007, p. 110). Es la prolongación de la posesión.

Quien prueba su posesión anterior, se presume que poseyó en el tiempo intermedio: *probatis extremis, media praesumuntur* (Maisch von Humboldt, 1984, p. 27). La prueba de la posesión no es de aquí en adelante, *ex nunc*, sino *ex tunc*, desde siempre, desde el momento en que se comenzó a poseer.

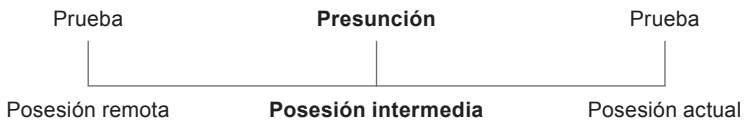
Es una presunción *iuris tantum*.

Y es importante para el poseedor, a quien le resultaría difícil y oneroso (*probatio diabolica*) probar la continuidad absoluta de la posesión, necesaria para la prescripción adquisitiva e indispensable para la defensa posesoria (Maisch von Humboldt, 1984, p. 27).

Tiene como objeto favorecer el transcurso del tiempo para la usucapión (González Linares, 2012, p. 197). Se funda en el carácter objetivo de la posesión y exige que se trate de una posesión actual (González Linares, 2012, p. 196), entiéndase presente y vigente. Teniendo probada una fecha de inicio

del ejercicio de su derecho, se presume que el poseedor actual poseyó su derecho en el tiempo intermedio. La prueba de la posesión del inicio, como del momento actual, implica que existió una posesión intermedia.

Es el decurso de la posesión el que determina al poseedor.



Base legal: artículo 915.

Sus antecedentes los tenemos en el artículo 827 del Código del 36 y el inciso 1 del artículo 470 del Código del 52.

14.5 Presunciones no legisladas

Cuadros Villena (1994, pp. 337-338) sostiene que las siguientes presunciones no se encuentran tratadas en el Código:

14.5.1 Presunción de unidad de título

Se presume que el poseedor continúa con el título posesorio, *i. e.*, el poseedor conserva el mismo título con el que adquiere la posesión. El título que a la fecha exhibe el poseedor es aquel con el cual adquirió la posesión.

Es una presunción *iuris tantum*.

Díez-Picazo y Gullón (1986, p. 119) la denominan presunción *de continuidad del concepto posesorio* y se sustenta en el artículo 436 del Código español:

> Art. 436. Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

Acorde con el título que empecé a poseer, continúo haciéndolo, salvo que siga poseyendo con título distinto: es lo que se conoce como la *interversión*.

Interversión de la posesión

Es la *interversio possessionis*: el cambio en el estado posesorio.

Interversión viene del latín *intervertere*[31] de *intervertô*, *is*, *ere*, *intervertî*, *interversum*, que significa "apartar de su camino", "interceptar", "sustraer". Como tal, esta palabra no está en el *Diccionario de la lengua española*. El sistema del *common law* traduce el término *intervertere* con *embezzle*, que significa "apropiación fraudulenta".

A esta institución se la conoce también como *inversión* de la posesión (invertir, alterar la posesión) o *convalecimiento* de la posesión (restablecimiento o recuperación de la posesión), denominaciones más aceptables en el idioma español. Algún sector de la doctrina clásica la llama *intraversión del título*. De acuerdo con su origen romano, el término más común es *interversión*.

La interversión de la posesión implica que el estado posesorio que tiene un sujeto respecto de un bien puede cambiar, variar, de un tipo de posesión a otro, con lo que se produce una transformación del *status possessionis*. Es el acto por el cual se muda la causa de la posesión —mutación de la *causa possessionis*—, pasándose a poseer en concepto distinto del originario. De esta manera, intervertir el título posesorio implica cambiarlo, mudarlo, transmutarlo. "El poseedor intervertirá su título cuando con posterioridad a la adquisición de una posesión, conforme al mismo posee en concepto distinto al que adquirió" (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 119), *v. g.*, el caso del arrendatario o usufructuario que empieza a poseer como dueño.

Esta institución funciona a modo de excepción, ya que se contrapone al principio de inmutabilidad de la causa que está recogido en el brocardo romano *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*[32]: Nadie puede unilateralmente alterar la causa de su posesión. El poseedor no puede *per se* —de forma unilateral— cambiar su concepto posesorio y convertirse en poseedor en concepto de dueño. Bien dice Musto (2007, p. 164) que "Llama la atención que los romanos, con su espíritu práctico, idearan una regla que parece tautológica para prever el absurdo de que alguien pretendiera cambiar por sí solo, con trascendencia jurídica, la causa de su posesión".

La interversión puede ser unilateral, bilateral o impuesta:

- *Unilateral*. Es la interversión de la causa propiamente dicha; proviene de un acto de oposición del poseedor inmediato al poseedor mediato, *v. g.*, del arrendatario al propietario. Este caso se conoce como *interversión por contradictio*, en razón de que se

31 http://www.didacterion.com/esddlt.php, [2 de octubre del 2016]

32 *Digesto* 41, 2, 3, 19.

contradice la posesión de uno a favor de otro; el poseedor, en vez de reconocer al propietario, lo usurpa, despoja y empieza a poseer como *dominus*, con lo que se convierte en un poseedor ilegítimo. La mala fe y el abuso de confianza están presentes (implica un acto ilícito que puede lindar con el aspecto delictivo).

– *Bilateral*. Se produce por acto jurídico, nuevo título; cambia el concepto posesorio; *v. g.*, el arrendatario o usufructuario que adquiere el bien que posee. Algún sector de la doctrina clásica sostiene que este no es un caso propio de interversión, en la medida en que la inversión del título de posesión debe tener lugar contra la voluntad del poseedor contra el cual se actúa; habiendo voluntad de este último, ocurriría la hipótesis de *traditio brevi manu* (Vieira, 2008, p. 589) o, dado el caso, de una *constituio possessorium*; *v. g.*, *A*, poseedor del reloj X en términos de propiedad, lo alquila a *B* por un año. Dos meses después, *C* —como propietario del reloj— lo dona a *B*. Con la donación, *B* inicia una actuación como propietario. *B* deja de ser detentador y pasa a poseer el reloj como propietario (Vieira, 2008, p. 593). Se trata de una interversión consensuada.

– *Impuesta o por acto de tercero*. Resulta de una sentencia o nuevo título que reconoce al nuevo poseedor; *v. g.*, el poseedor que prescribe.

En los casos expuestos se aprecia que el poseedor varía el título originario con el que empezó a poseer el bien y pasa a poseerlo en un concepto distinto.

Para que se considere producida la interversión del título no basta la mera voluntad (*animus*), sino que debe haber hechos exteriores (*factum*) que impliquen una verdadera contradicción a los derechos del propietario y que le impidan el ejercicio de sus derechos (Lama More, 2008, p. 150).

Según sea el caso, la interversión puede ser ascendente, de más a menos (de propietario a poseedor), o descendente, de menos a más (de poseedor a propietario). A decir de Peñailillo (2014), la interversión es la transformación de la posesión en mera tenencia o la de esta en aquella (p. 367). Para Menezes (2013), consiste en el pasaje de una situación de detentación a una verdadera posesión (p. 135). De acuerdo con estos criterios, es una forma de adquisición de la posesión (art. 1265 del Código luso), aunque para algunos la inversión de título de la posesión no es un hecho adquisitivo de derecho real, sino simplemente un hecho adquisitivo de posesión (Vieira, 2008, p. 587).

La interversión de la posesión puede configurarse de dos formas (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 92 y ss.):

– *Hechos de naturaleza jurídica.* En razón de una relación jurídica real o personal, el poseedor está facultado a mantener la posesión viciada, alternando su carácter, saneando los vicios de origen (el precario que compra el bien).

– *Hechos de naturaleza material.* Manifestación por actos exteriores y prolongados del poseedor de su inequívoca intención de privar al propietario de que pueda disponer sobre la cosa (el propietario que abandona el bien frente a los actos del poseedor precario); *v. g.*, en un contrato de arrendamiento en el que ni el arrendador ni sus sucesores se preocupan por recibir la renta existe la posibilidad de que el arrendatario pueda ejercer la interverción de la posesión (Gama, 2011, p. 97).

Vieira (2008, p. 588) cita los siguientes ejemplos:

> *A*, arrendatario del predio X, deja de pagar la renta a *B*, propietario, comunicando a este último ser él el dueño de la cosa; *C*, usufructuario del cuadro Y, propiedad de *D*, recusa la entrega de este al final del usufructo, alegando haber adquirido el derecho de propiedad por compra a *E*. En estos casos, *A* y *C* adquieren la posesión en términos de propiedad.

Algunos otros casos indicados por Lama More (2008, p. 150) son:

– Arrendatario que adquiere el bien que posee.

– Posesión que deviene en tenencia, o a la inversa.

– Servidor de la posesión que, pagando una renta, se convierte en poseedor.

– Arrendatario que deja de pagar la renta por conclusión del contrato; su título posesorio muta (cambia) y aquel se convierte en poseedor precario (y puede adquirir por prescripción[33]).

– El guardián que deja de seguir instrucciones del poseedor y, pese al requerimiento de este, se resiste a entregarle el bien y le saca provecho; de esta manera, deja de ser detentador y se convierte en poseedor sin título alguno: un precario.

– El propietario que vende el bien y que lo continúa usando sin autorización del nuevo propietario.

---

33 Para Julio Pozo (2016, pp. 90 y 91), el hijo o familiar de quien detenta el bien bajo el título de arrendatario no es poseedor; se trata de un mero detentador (tenedor o servidor de la posesión) que, por tolerancia del padre (titular) inquilino, ocupa el bien y hace uso de él. Solo en el caso de que se produzca una *interversión del título* podría convertirse en un poseedor.

El Código Civil brasileño trata la interversión de la posesión (art. 1203); la posesión mantendrá el mismo carácter con el que fue adquirida, salvo prueba en contrario. El Código argentino (art. 1915) indica que nadie puede cambiar la especie de su relación de poder por su mera voluntad o por el solo transcurso del tiempo. El Código español dice (art. 436) que "Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario".

Nuestro Código, pese a la trascendencia de esta figura, no ha regulado *expresis verbis* la interversión de la posesión. Como dice Lama More (2008, p. 151), lo único regulado en el Código con relación al cambio del título posesorio se encuentra en los sucedáneos de la tradición (art. 902), que reconoce supuestos "donde la relación posesoria cambia, produciéndose una mutación del título de la posesión, cuyo efecto inmediato es el haberse producido o no la tradición o entrega del bien a quien debe recibirlo". En todo caso, debiera incorporarse en el Código una norma que diga: "Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se mantiene con el mismo carácter con el que fue adquirida" (Lama More, 2008, p. 156).

14.5.2 Presunción de no interrupción

Es consecuencia de la presunción de continuidad posesoria. Se reconoce la ininterrupción de la posesión.

Es una presunción *iuris tantum*.

El artículo 915 del Código refiere a la presunción del tiempo intermedio cuando se prueba haber poseído anteriormente; sin embargo, no considera que el efecto de la continuidad posesoria es la presunción de que el término no fue interrumpido.

14.5.3 Presunción de legitimidad

Toda posesión se presume legítima (art. 1916 del Código argentino).

Puede considerarse que está subsumida en la presunción de propiedad.

Al poseedor actual le basta guardar una actitud pasiva (Borda, 2008, p. 57); posee porque posee (art. 2363 del Código de Vélez Sarsfield)[34].

---

34 *Possidet, cuius nomine possidetur* (posee aquel en cuyo nombre se posee). D. 41.2.18pr (Celsus 23 dig.).

15. Efectos

Los efectos de la posesión son un tema polémico en la doctrina.

Algunos sostienen que la posesión *per se* no genera efectos, sino solo cuando actúa con otras instituciones reales (concausa). Otros limitan los efectos a temas como la defensa posesoria y la *usucapio*, mientras que otro sector los restringe al tema de la presunción de propiedad.

Desde el punto de vista práctico, la posesión como tal genera una serie de consecuencias jurídicas dirigidas a asegurar la relación posesoria, conocida como *commoda posesiones*, lo que lleva a los autores clásicos a clasificar como felices a aquellos que poseen las cosas (*beati possidentes*) (Teles de Menezes, 2012, p. 145).

Los efectos se producen en todas las especies de posesión; cada cual, en todo caso, tiene sus propios efectos.

Entre los efectos de la posesión están los siguientes:

15.1 Usucapión

Es el caso de la prescripción adquisitiva de dominio.

Es uno de los efectos más importantes de la posesión. Constituye un reconocimiento al *uti possidetis*.

Es adquirir propiedad mediante la posesión continua durante cierto tiempo, vía por la cual la situación fáctica de un poseedor se convertirá en derecho de propiedad o en otro derecho real (*v. g.*, usufructo, uso, servidumbre)[35].

En la prescripción adquisitiva, la buena y la mala fe juegan un papel importante; de allí que sea preciso establecer si se presenta una u otra:

---

35 En doctrina se ha planteado la posibilidad de una adquisición por prescripción del usufructo. Al respecto, debemos recordar que el artículo 948 del Código Civil de 1936 establecía: "*Se adquiere* y se pierde *por prescripción el usufructo de un bien si se posee o deja de poseer por el tiempo y con las condiciones establecidas para la propiedad* [cursivas añadidas]".
Si bien es cierto que dicha disposición no fue reproducida en el Código Civil vigente, la omisión no es argumento para considerar que ello no se pueda plantear. Gunther Gonzales sostiene que "si la usucapión permite adquirir la propiedad (artículo 950 del Código Civil) y las servidumbres aparentes (artículo 1040 del Código Civil), entonces si se puede lo más, es obvio que se puede lo menos; en el presente caso, la ley permite expresamente lo más (propiedad) y lo menos (servidumbres aparentes), por lo que se entienden incluidas las hipótesis intermedias (usufructo)" (2013, p. 1803).

– La *bonae fides* facilita la usucapión: *usucapio* corta u ordinaria.

– La *mala fides* alarga la usucapión: *praescriptio longi temporis* o extraordinaria. Sin embargo, *mala fides superveniens non impedir usucapionem* (la mala fe que sobreviene no impide la *usucapio*).

Base legal

> Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.
> Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.
>
> Artículo 951.- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.
>
> Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
> La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.
>
> Artículo 953.- Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.

La prescripción adquisitiva ha sido materia del Segundo Pleno Casatorio Civil (2008)[36], el cual plantea que el artículo 950 del Código Civil debe aplicarse en el sentido de que nada obsta a que dos o más coposeedores puedan adquirir un bien por prescripción (usucapir). De aceptarse su pretensión, debe declarárseles copropietarios.

15.2 Tutela posesoria

Es la defensa posesoria. Es el ejercicio del *ius possessionis*.

Todo poseedor, incluso el de mala fe, merece que su posesión sea protegida. Derecho a que se respete su posesión. Como todo derecho, requiere de seguridad.

Así las cosas, todo poseedor tiene derecho a:

– Conservar

36 Cas. 2229-2008-Lambayeque, 23 de octubre del 2008.

- Repeler la agresión
- Expulsar (incluso por la fuerza) al usurpador a fin de volver a poseer

La tutela posesoria puede ser:

- Judicial
- Extrajudicial

15.3 Frutos y productos

La posesión implica goce y disfrute del bien.

Los frutos y productos son instituciones íntimamente relacionadas con la posesión. El poseedor obtiene las ventajas que del bien se deriven.

Lo que diferencia al fruto del producto es la consecuencia que se genera en la cosa principal: *Fructus est quidquid nasci et renasci potest. Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet*; esto es, la posibilidad de nacer y renacer sin disminución o deterioro de la cosa principal (Gomes, 2012, p. 76).

Al respecto, son diversas las consecuencias:

- Si el bien es no fructífero, el poseedor no incrementa su riqueza al no existir frutos.
- Si el bien es fructífero, los frutos corresponderán al poseedor de buena fe. El poseedor de mala fe responde por todos los percibidos.

15.4 Mejoras

Es otra institución íntimamente relacionada con la posesión.

La importancia de las mejoras se encuentra en el régimen de posesión. Como dice González Linares (2012):

> La presencia de las mejoras es siempre posible donde hay el ejercicio de actos posesorios de contenido económico-productivo; sin ellos —actos posesorios— no hay mejoras; menos habrá la posibilidad de hacerse efectiva su introducción, para la conservación del bien y su acrecentamiento económico (p. 251).

Así, cuando el poseedor realiza mejoras en la cosa sin ser el titular del derecho real, se plantea el problema de saber cómo regular la ventaja patrimonial obtenida por el titular con la mejora del bien (Vieira, 2008, p. 201).

En materia de mejoras, el Código plantea los siguientes principios:

15.4.1 Derecho al reembolso y derecho de separación

El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y el derecho a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño (*jus tollendi*), salvo que el dueño opte por pagarlas por su valor actual.

Esta regla no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias (art. 917).

15.4.2 Derecho de retención

En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención del bien (art. 918).

Se aplican de manera supletoria los artículos 1123 al 1131, referidos al derecho de retención.

15.4.3 Derecho de separación y prescripción del reembolso

Restituido el bien, se pierde el derecho de separación —*jus tollendi*—, y transcurridos dos meses prescribe la acción de reembolso (art. 919).

15.4.4 Accesión de la posesión

Es la suma de plazos posesorios.

Del latín *accessio -onis*, de *accedere*, "acercarse".

La *accessio possessionis* es la reunión y conjunción de la posesión. La posesión del actual poseedor con el antiguo poseedor puede sumarse.

Llamado derecho de suma, derecho *per suma*, acumulación de plazos, sumatoria de plazos posesorios, adición de posesiones, derecho de unir posesiones (Romero Romaña, 1947, p. 73), conjunción de posesiones (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 364), unión (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 97), accesión (Gama, 2011, p. 136), adjunción o agregación de la posesión.

El tiempo de la posesión es materia de transmisión. Quien posee, puede adicionar a su plazo el de quien le transmitió válidamente el bien, lo que lleva a consolidar en el poseedor actual el plazo posesorio de los anteriores poseedores.

La posesión puede ser continuada por la suma del tiempo del actual poseedor con la de sus antecesores, lo que permite invocar los efectos

de la posesión y gozar de ellos. Por la accesión, se reducen las diferentes posesiones a una sola posesión (Gomes, 2012, p. 66). Considera Peñailillo (2014) que "Para que proceda la agregación es necesario que la posesión del poseedor que agrega sea contigua con la anterior, y si son varias, todas ellas deben ser contiguas sin solución de continuidad" (p. 365).

La sumatoria de plazos se verifica *inter vivos* (compraventa) o *mortis causa* (herencia).

Su importancia está en la consolidación de la propiedad a través de la acumulación del plazo posesorio, lo cual se aplica para:

- El ejercicio de las acciones posesorias.
- La prescripción adquisitiva: el derecho a sumar posesiones es ejercido para el fin de adquirir propiedad por la *usucapio* (Gomes, 2012, p. 66), ofreciendo mayor seguridad al poseedor *ad usucapionem* (González Linares, 2012, pp. 185-186).

El principal efecto de la accesión de posesiones es que la posesión puede ser considerada única (Gama, 2011, p. 136), lo que implica una presunción de continuidad, continuación de la posesión. Asimismo, esta se determina con la transferencia de calidades y vicios.

La accesión (*genus*) se divide en unión y sucesión de la posesión (*spes*).

15.4.4.1 Unión de la posesión

Es facultativa.

Normalmente, se verifica en actos *inter vivos* (compraventa u otro tipo de transferencia).

Sucesión singular: el sucesor singular *puede unir* el derecho de poseer de su antecesor (el vendedor o transfiriente).

Antecedentes: está tratada en el Código del 52 (art. 548) y en el del 36 (art. 829).

Base legal

> Artículo 898.- El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le trasmitió válidamente el bien.

15.4.4.2 Sucessio possessionis

Es obligatoria.

Se verifica en actos *mortis causae* (sucesión).

No es propiamente una adquisición de posesión, sino el pasaje de un patrimonio entero. Es una mutación subjetiva de la posesión, que no afecta sus cualidades (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 97). Opera de pleno derecho desde el instante de la apertura de la sucesión y no es necesario que el heredero ejerza poder alguno sobre la cosa (sin tener el bien, goza de protección posesoria); con la apertura de la sucesión, se determina la unificación y continuidad entre las dos posesiones (Torres Vásquez, 2006, p. 364).

Dado que la posesión es una situación jurídica patrimonial, puede ser objeto de sucesión (Teles de Menezes, 2012, p. 139). La posesión se transmite por herencia, de la forma como estaba el patrimonio del *de cujus,* encuadrándose perfectamente en el texto del artículo 660 del Código Civil peruano. La sucesión de la posesión se produce a favor del heredero o sucesor a título universal en una sucesión por causa de muerte; no da lugar a una nueva posesión (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 118). En la sucesión de la posesión no hay aprehensión material de la cosa, no hay *traditio*; de allí el *nomen* posesión civilísima. Así, el sucesor universal *continúa* el derecho de poseer de su antecesor (el heredero), se subroga en la posición del fallecido.

Vieira (2008) considera que la sucesión de la posesión es distinta de la transmisión de la posesión.

La transmisión tiene implícita una idea de movimiento de la situación jurídica.

En la sucesión, la situación jurídica permanece estática (el sucesor entra en la posición jurídica del causante); la posesión del sucesor es la posesión del *de cujus*, de allí que la ley disponga una posesión *continua* de posesiones (p. 603).

Para Penteado (2008, p. 572), la sucesión *mortis causa* de la posesión implica la transmisión de la posesión que estaba en el patrimonio del autor de la herencia, con todos sus calificativos propios; cualquier vicio objetivo o subjetivo, en principio, se transmite como calificativo positivo, como sería la buena fe y el carácter *ad usucapionem* de la posesión del *de cujus*.

15.4.5 Vicisitudes de la posesión

Con ese nombre, Teles de Menezes (2012, p. 131 y ss.) se refiere a los fenómenos que determinan la constitución, manutención, modificación, sucesión, accesión y pérdida de la posesión. Son aquellas situaciones que determinan un cambio o variacion en el hecho posesorio.

Según Vieira (2008), los hechos posesorios son los constitutivos (determinan), traslativos (transfieren) y extintivos (acaban):

Hechos posesorios	
Constitutivos	– *Apossamento* - Apropiación – Inversión del título de la posesión
Traslativos	– Tradición –*Constitutio possesorio*
Extintivos	– Abandono – Apropiación – Pérdida o destrucción – Colocación de la cosa fuera del comercio

Veamos cada uno de dichos casos y otros que trata nuestro sistema:

– Adquisición
– Conservación
– Extinción
– Limitación

Cada uno de estos casos será analizado más adelante.

16. Derecho de posesión y derecho a la posesión

16.1 Derecho de posesión

Ius possessionis.

Está presente cuando se viene usando el bien; es el hecho en sí. Puede ser, incluso, el caso de un mero poseedor, que carece de título.

Se relaciona con la posesión inmediata.

16.2 Derecho a la posesión

Ius possidendi.

Llamado *derecho a poseer*. Se puede reclamar el bien.

Es el derecho. Se trata de un poseedor con título, *v. g.*, usufructo, servidumbre.

Se relaciona con la posesión mediata.

El Código del 36 indicaba (art. 850) que el propietario tiene derecho a poseer.

Quien tiene el *ius possidendi* goza de una situación más tranquila. Quien goza del *ius possessionis* debe demostrar la posesión todo el tiempo; no se trata de una posesión presumida (Gama, 2011, p. 122).

Peñailillo Arévalo (2014), respecto del derecho de posesión y el derecho a la posesión, considera que deben aplicarse en forma conjunta: el que tiene derecho a poseer, posee (p. 332).

17. Derechos del poseedor

Todo poseedor goza de una serie de prerrogativas que garantizan su relación con el bien. Estas prerrogativas se reflejan en derechos y obligaciones.

17.1 Derechos generales

El poseedor cuenta con los siguientes derechos:

- Derecho de uso: *ius utendi*
- Derecho de goce: *ius fruendi*
- Derecho de consumir: *ius consumere*

Todos y cada uno de estos derechos están sustentados bajo la premisa *uti, non abuti* (usar, no abusar).

¿Derecho de disponer y derecho de reivindicar?

La pregunta es: ¿goza el poseedor de estos derechos?

Tómese atención que el artículo 896 nos dice que "La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad".

Lo anterior está sustentado en el brocardo *Possessio ad imaginem dominii redacta est* (La posesión conduce a la imagen de dominio).

Sin embargo, cierto sector de la doctrina considera que el poseedor no tiene el derecho de disponer (*ius abutendi*) y menos el derecho de reivindicar (*ius vindicandi*), facultades que solo le corresponden al propietario (Maisch von Humboldt, 1984, p. 45); *i. e.*, la posesión implica solo uso y disfrute, no disposición ni reivindicación. De allí que el artículo 896 peque de exceso cuando dice "uno o más poderes inherentes a la propiedad", ya que el poseedor tendría solo tres poderes de ella.

No obstante, este criterio no es unánime.

Penteado (2008, p. 587) indica que este poder de hecho de la posesión debe ser "usar, gozar, disponer o reivindicar", y que quien ejercite tales

poderes de manera fáctica, independientemente de una titulación jurídica formal, es un poseedor, de allí que la posesión sea un mero hecho social. En nuestro medio, Avendaño Valdez (2007) sostiene que, para efectos del concepto *posesión*, debe considerarse que los poderes de propiedad son el uso, el disfrute y la disposición, lo que se alinea con los criterios jurisprudenciales[37]; quien usa y disfruta es poseedor, siendo estos dos poderes los que configuran la posesión. "La disposición, si bien es también un poder inherente a la propiedad, importa un acto único y aislado, por lo que difícilmente es expresión posesoria" (p. 896).

La regla es que el poseedor no propietario solo tenga el *ius utendi* - uso, el *ius fruendi* - disfrute y el *ius consumere* - consumir. Sin embargo —y acá está la excepción—, en materia de prenda mobiliaria[38], a diferencia de lo que sucedía antes[39], el acreedor garantizado (poseedor no propietario) puede disponer del bien; *v. g.*, si el deudor no cumple con la obligación principal, el acreedor puede disponer del bien dado en garantía vía ejecución (venta judicial, art. 47 de la Ley 28677), o, en su caso, adjudicárselo (pacto comisorio, art. 53 de la Ley 28677). Lo que aquí sucede es que el acreedor garantizado no posee el bien, solo goza de la garantía mobiliaria sobre este, de manera que, más que disponer del bien, lo que hace es ejercitar el derecho de garantía mobiliaria sobre el bien. Su relación con el bien no se da en calidad de poseedor, sino en calidad de acreedor garantizado, situación que surge de un derecho real de garantía y no de la posesión como derecho real.

En la medida en que le esté permitido, el poseedor goza de la capacidad para disponer de su posesión (el arrendatario que subarrienda, el *verus possessor* que vende). Si tiene el derecho, puede disponerlo, puede ejercerlo con base en la regla *Nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse habere*[40] (Nadie puede transmitir a otro más derecho que el que él mismo tenga). Este principio —esté o no en el Código— tiene "absoluta validez, pues no puede ni siquiera concebirse lo contrario, ya que ello implicaría afirmar que algo puede provenir de la nada" (Allende, 1963, p. 1974).

---

37 "La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, estos son el uso, disfrute y la disposición, por tanto, quien ejerce uno o cualquiera de estos atributos, en estricto posee". Cas. 282-96-Ica. Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial.

38 Ley 28677, Ley de garantía mobiliaria, DOEP, 1 de marzo del 2006. Deroga los artículos 1055 al 1090 del Código Civil.

39 "Solo por excepción el poseedor no propietario puede disponer (*ius abutere*)" (Torres Vásquez, 2006, p. 361).

40 Ulpiano. *Digesto* 50, 17, 54.

En esta medida, es viable que el poseedor pueda transferir su posesión (*i. e.*, venderla, donarla, permutarla, cederla, darla en dación en pago) en ejercicio de su derecho de disposición. Lo que debe precisarse es que —como enajenante no propietario— solo transmite posesión (Torres Vásquez, 2006, p. 352); para transmitir dominio se requiere ser dueño (Vásquez Ríos, 1993, p. 99).

También puede reivindicar —por ser este un atributo típico de todo derecho real— vía la persecutoriedad, de la que goza el poseedor a través del interdicto y de la acción posesoria ordinaria (Avendaño Valdez, 1997, p. 92). De esta manera, no es discutible que el poseedor pueda reivindicar; puede muy bien hacerlo.

17.2. Derechos especiales

El poseedor goza de los siguientes derechos especiales:

- Derecho a los frutos (art. 908)
- Derecho de retención (art. 918)
- Derecho a la adición del plazo (art. 898)
- Derecho al valor de las mejoras (art. 917)
- Derecho de conservar la posesión (art. 904)
- Derecho de defensa posesoria (arts. 920 y 921)
- Derecho a la presunción de propiedad (art. 912)
- Derecho a la prescripción adquisitiva (arts. 950 a 953)
- Derecho a la propiedad por el adquiriente de buena fe (art. 948)

18. Obligaciones del poseedor

Las obligaciones del poseedor son:

- Recibir el bien
- Exhibir el bien
- Restituir el bien
- Devolver el bien
- Cuidar y conservar el bien

- Hacer el pago de los gastos
- Cumplir con las cargas reales
- Cumplir con las normas de la vecindad
- Responder por la pérdida o el menoscabo del bien
- Responder por los frutos en caso de posesión de mala fe

Se trata de obligaciones *propter rem* (Borda, 2008, p. 114). El bien —y, en sí, el derecho real existente— genera una obligación respecto del titular. La obligación *propter rem* existe cuando el titular de un derecho real es obligado, dada su condición jurídica, a satisfacer una determinada prestación que puede consistir en un *dare* (entregar), un *facere* (realizar), una *no facere* (abstención) o una *num pati* (tolerancia).

19. Adquisición

Es el nacimiento de la posesión.

La posesión se adquiere cuando se tornan posibles los hechos que permiten su ejercicio.

El momento en que se adquiere posesión es la fecha en que la persona exterioriza la práctica de los actos posesorios, caracterizada por la notoriedad (Gama, 2011, p. 135). Es el instante donde se revela la existencia y la naturaleza de la *causa possessionis*, lo que determina el origen, las cualidades y los vicios que pueda tener (Musto, 2007, p. 197).

El Código enumera los modos de adquisición de la posesión y lo hace por una razón práctica (al igual que otros códigos): la necesidad de determinar con precisión el momento en el que se inicia la posesión: "la exacta fijación de este momento es importante relativamente a determinados efectos de la posesión, especialmente la *usucapio*" (Gomes, 2012, p. 62). Otros códigos, como el brasileño, abandonan este criterio (art. 1204), indicando que la posesión se adquiere cuando se torna posible el ejercicio de cualquiera de los derechos inherentes a la propiedad.

La adquisición de posesión se produce mediante actos o hechos que —real o simbólicamente— conlleven la manifestación de dicho poder del sujeto sobre el objeto. Es por ello que, a decir de Musto (2007), cuando se habla de "transmitir la posesión" no se emplea una expresión técnicamente rigurosa, en razón de que no puede transmitirse un poder de hecho: solo transmito derecho y entrego cosas (p. 198).

Existen dos maneras de adquirir la posesión (art. 900):

– Derivada

– Originaria

A decir (acertado) de Lama More (2012, pp. 80 y 81), el Código solo regula la forma de adquirir posesión arreglada a derecho, *i. e.*, la posesión legítima, pero no contempla las diversas maneras de adquirir posesión, como la ilegítima o contraria a derecho, que es el caso de la posesión precaria.

19.1 Adquisición derivada

Es la transferencia.

Es llamada *traditio* a título derivativo o posesión bilateral.

Del latín *traditio*, que deriva del verbo *tradere*, "entregar" o "dar". Algunos sostienen que se compone de *trans* (de la otra parte, más allá) y *do* (dar): entregar o poner en manos de otro.

La *traditio* es una forma muy antigua de adquirir propiedad. Desde sus orígenes, en el derecho romano, la tradición se entendió como un modo de publicidad (Borda, 2008, p. 81). Las cosas se entregaban de forma ceremonial. Tenía un carácter formal y, en ciertos casos, se realizaba de forma simbólica (entrega de una teja o un terrón de la casa cedida) (Romero Romaña, 1947, p. 79).

La *traditio* es la entrega del bien. Un acto de disposición. Según Mariani de Vidal (2009), es un acto jurídico bilateral, pero más precisamente un *acto jurídico real*, pues da nacimiento, modifica o extingue derechos reales (p. 177). Para Torres Vásquez (2006), la tradición no es un contrato, sino un modo de ejecutar la prestación debida, *i. e.*, una forma de pago (p. 369). En la línea de Valencia Zea (p. 390), es un negocio jurídico de cumplimiento de una obligación previamente constituida (a excepción del mutuo). Es la transferencia de la posesión. La transmisión material o el control efectivo del bien.

Como acto bilateral y consensuado, la tradición requiere, para su validez, cumplir con los requisitos del acto jurídico (art. 140). Hay consentimiento del poseedor precedente y del nuevo adquiriente; como tal, es el único modo bilateral de adquirir posesión. Es *inter vivos*; de allí su nombre de *derivada*.

La posesión del adquiriente se funda en aquella ejercitada por el anterior poseedor. El nuevo titular ocupa la posición del anterior por expresa voluntad de ambos. La posesión existe en cabeza de un sujeto, quien la transmite. Es el hecho por el cual el tradente da al adquiriente un bien: el

primero transmite; el segundo adquiere. El *tradens* entrega y el *accipiens* recibe. Existe uno que adquiere de otro: el *tradens* (poseedor precedente) transfiere al *accipiens* (poseedor sucesivo).

La tradición implica la pérdida voluntaria del control material de la cosa por el antiguo poseedor mediante la entrega al nuevo poseedor (Vieira, 2008, p. 595). Se compone de un elemento negativo (ceder la cosa, antiguo poseedor) y de un elemento positivo (aprehensión de la cosa, nuevo poseedor) (Teles de Menezes, 2012, p. 133). La posesión adquirida tiene los mismos alcances, extensión, ventajas y defectos que la anterior (Musto, 2007, p. 201), lo que permite la suma de los plazos posesorios (accesión).

Para su determinación, debe existir una relación jurídica *inter partes*. Se transmite lo que se posee; no puedo transmitir lo que no tengo: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. De allí que las cosas futuras no puedan ser objeto de posesión.

La tradición opera, según las características del bien, en los:

– *Bienes muebles*: se transfiere posesión y propiedad; se requiere el modo (entrega) o *modus* (art. 947).

– *Bienes inmuebles*: se transfiere solo posesión, pues la propiedad se transfiere con el consentimiento, *ad consensu —solo el consensus obliga—*, y se requiere el título (el hecho o el acto jurídico), *títulus* (art. 949); en estos, la tradición carece de importancia, prima la obligación de enajenar.

– *Derechos*: no se entregan físicamente, se transfieren y su transferencia no exige entrega física (Cuadros Villena, 1994, p. 344). De allí que se diga que lo entregado es la cosa y no la posesión.

La adquisición derivativa puede ser:

– *Traslativa*: implica transmisión por parte de uno y adquisición por parte del otro; *v. g.*, compraventa.

– *Constitutiva*: se transmite parcialmente un derecho, con lo que se genera un nuevo derecho real (usufructo, habitación, superficie).

La posesión puede transferirse:

– Por acto *inter vivos*, oneroso o gratuito

  - A nombre propio: adquisición personal
  - Por representante: adquisición por *interposita persona*

- Por tercero sin procuración: adquisición por mandatario sin representación

– Por acto *mortis causa*

Es la llamada *posesión civilísima*, de pleno derecho, presunta, ficticia, artificial, ideal, incorporal, especial o por ministerio de la ley. *Le mort saisit le vif*; "Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores" (art. 660). La posesión se confiere al heredero *ope legis*.

Se le conoce como *Saisine* (Francia), como *Der Tote erbt den Lebenden* (Alemania).

En este caso se transfiere propiedad y posesión al mismo tiempo y en forma automática (González Linares, 2012, p. 231); no hay propiamente una *traditio*, al faltar el consentimiento. A decir de González Barrón (2013, t. I, pp. 578 y 582), esta posesión no está contemplada en nuestro sistema; además, al ser un hecho, resulta que no puede transmitirse ni heredarse: no es un derecho objeto de posesión. A decir de Rojina Villegas (2014), heredero y legatario son poseedores originarios, situación que estos adquieren desde el propio momento de la muerte del *de cujus,* a pesar de que es el albacea quien ejerce el poder de hecho, pero en calidad de poseedor derivado (p. 212).

Las características que se desprenden de la posesión civilísima son:

- Es una ficción.
- No requiere entrega física.
- Es ideal porque no existe la relación material.
- Opera automáticamente con la muerte del causante.
- Es presunta: al heredero se le presume poseedor de los bienes del causante.
- Es especial: se presenta solo con la muerte del causante, sin necesidad del *animus* del heredero.
- La finalidad de la posesión hereditaria es evitar un vacío en la posesión de los bienes materia de una herencia, desde el momento del fallecimiento del causante hasta el de la aceptación por el heredero (De Reina Tartière, 2012, p. 136). Dice Borda (2008) que la posesión hereditaria es la investidura del carácter del derecho hereditario y que nada tiene que ver con la posesión como derecho real (p. 75).

- Por ministerio de la ley, *ipso iure*: es el caso de la herencia y de los bienes de los incapaces, siendo poseedor su representante (padres, tutor o curador).

La tradición puede ser real (material) o ficta (simbólica): de esta forma la divide nuestro Código. Se trata de la división clásica.

Sin embargo, en el derecho comparado hay varias clasificaciones. Veamos dos:

Gomes (2012, p. 64):

– Tradición material (entrega del bien)

– Tradición consensual (la *traditio brevi manu* y la *constituio possessorium*)

– Tradición simbólica (actitudes, gestos o actos indicativos de transmitir posesión)

Gama (2011, p. 133):

– Tradición real (entrega real)

– Tradición ficta (ficción jurídica)

– Tradición consensual (sin entrega ni ficción)

- *Traditio brevi manu*
- *Constituio possessorium*
- Tradición consensual simbólica
- Tradición consensual propiamente dicha

19.1.1 Tradición real

También llamada *material*, fáctica o efectiva.

Implica la entrega en sí, *manu in manu*. Es el desplazamiento patrimonial de un sujeto a favor de otro. "La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que esta establece" (art. 901).

19.1.2 Tradición ficta

También llamada *cuasitradición*, tradición simbólica, no efectiva, forma espiritualizada de la posesión o posesión espiritualizada.

La situación posesoria surge de la ley.

Generalidades

Se trata de sucedáneos de la tradición.

No hay entrega real, no hay tradición *per se*; solo un acto figurado que representa la entrega del bien, prescindiéndose de la aprehensión material de la cosa. Prima la voluntad bilateral de la transmisión, declarada en un acto jurídico que, finalmente, sirve de causa de la tradición (Gomes, 2012, p. 198). Es la entrega virtual o de control por puesta a disposición del bien, como el uso de signos (entrega de llaves[41] del granero, del cofre, del almacén) o cláusulas de investidura (dejación y toma de posesión) (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 552). Ambas confieren dominio sobre el bien. Sirven para economizar dos cambios físicos de posesión (Cuadros Villena, 1994, p. 352), ahorrando a las partes el doble formalismo de la doble entrega (Vieira, 2008, p. 598). Evita, en sí, la doble transmisión de la posesión.

Dentro de esta tenemos:

- *Tradición simbólica*: es la entrega de un objeto figurado que, aun no siendo el mismo bien que se transmite, hace posible la toma de la posesión del bien:
  - Entrega de títulos: *traditio instromentorum*
  - Entrega de las llaves: *traditio clavium apud horrea*
  - Poner el comprador su marca en el bien: *signatio mercium*
- *Tradición instrumental* o *traditio cartae* o *traditio per chartan*: redacción de un documento formal en el que conste la entrega del bien (acta de entrega, comprobante de pago).
- *Tradición por la vista*: es la que se hace mediante gestos, mostrando la cosa que se quiere entregar y dando la facultad de tomar posesión de ella.
- *Tradición entendida*: entregar la cosa en un lugar acordado.

Esta distinción la encontramos en el Código uruguayo (art. 763 y ss.).

41 Musto considera que en la entrega de llaves "no se trata de una tradición simbólica, como se ha pretendido, pues la entrega de la llave involucra la posibilidad física de acceder a la cosa" (Musto, 2007, p. 206); como dice Borda, es como consentir que el *accipiens* tome posesión de la cosa (2008, p. 91).

Tratamiento en el ámbito local

El Código la trata así:

> Artículo 902.- La tradición también se considera realizada:
>
> Inciso. 1.- Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.
>
> Inciso. 2.- Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.

Veamos cada caso.

a. *Traditio brevi manu*

Con precedentes en el derecho romano[42].

La posesión se transforma en propiedad (inciso 1).

El poseedor adquiere el bien como propietario. El adquirente tenía en su poder el bien, pero no como propietario, sino con base en otro título.

V. g., arrendatario que se convierte en propietario.

b. *Constitutum possessorium*

Sin precedentes en el derecho romano.

Llamada cláusula *constituti.*

La propiedad se transforma en posesión (inciso 1).

El propietario del bien lo transfiere, pero sigue poseyéndolo, *qui constituti se possidere alieno nomine.* El *animus domini* pasa a ser *animus nomine alieno*[43].

V. g., propietario que vende, pero que se queda como arrendatario, comodatario o depositario. Igual, el vendedor que reserva para sí el usufructo del bien vendido.

Como puede apreciarse, la *constitutum possessorium* es un caso totalmente inverso al de la *traditio brevi manu*, aunque ambas son dos caras de la misma moneda de la posesión.

---

42 A decir de Mariani (2009, p. 180), se origina en el derecho romano (*Instituta*, 2, 1, 44, y *Digesto*, 23, 3, 43, 1; 41, 1, 9, 5 y 41, 21, 1), para evitar el doble desplazamiento innecesario de la cosa; luego pasa al derecho medieval, donde se le confiere el *nomen* —equívoco, por cierto— porque parecía señalar una forma de tradición, cuando en la realidad de los hechos esta —la tradición— falta por completo.

43 Digesto 41.2.18pr (Celsus 23 *dig.*). *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere* (Lo que poseo en mi nombre, puedo poseerlo en nombre ajeno).

Traditio brevi manu
Constitutum possessorium

Ambas se presentan como tradiciones abreviadas. En la *traditio brevi manu* se produce un ascenso de la relación con el bien (de poseedor a propietario); en la *constitutum possessorium*, un descenso de propietario a poseedor.

Como refiere Torres Vásquez (2006, pp. 371 y 372), en la práctica comercial moderna, la *constitutum possessorium* se presenta en el *lease back* cuando el propietario de un bien lo vende a una agencia de *leasing* para suscribir de forma inmediata un contrato de arrendamiento financiero sobre el mismo bien.

Mutación del título posesorio. En la *traditio brevi manu* y en la *constitutum possessorium* no hay exteriorización de la posesión, sino inversión de *animus* del individuo en relación con su calidad de poseedor. Son casos precisos en los que la ley reconoce el cambio de la *causa possessionis* por un acuerdo bilateral de voluntades, interversión consensuada; se produce una mutación del título de la posesión. Puede ser vía una compraventa, permuta, donación, dación en pago, *i. e.*, cualquier acto jurídico que transfiera propiedad.

c. *Tradición por comunicación a tercero*, *transmisión de la pretensión de restitución* o *cesión de pretensión de entrega o de restitución*

Es la entrega tácita. Se transfiere el bien que está en poder de un tercero; en este caso, la tradición se da cuando la comunicación le es cursada al tercero (*A* da en comodato a *B* y luego vende a *C*; la tradición a *B* es por convenio y a *C* con la comunicación). Funciona como una regla análoga a la cesión de derechos (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 566) (inciso 2). Quien adquiere —el tercero— será poseedor mediato, mientras que el tercero seguirá siendo poseedor inmediato.

d. *Tradición documental*

También llamada *tradición cartular*.

La entrega del bien mueble es reemplazada por la entrega de un documento (conocimiento de embarque, carta poder, certificado de depósito, *warrant*).

El Código la trata así:

> Artículo 903.- Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario.

Así también tenemos la tradición mano a mano tratada en el artículo 1542, sobre adquisición de bienes en locales abiertos al público.

e. *Tradición escrituraria*

Consagrada en el artículo 25 de la Ley General de Sociedades:

Artículo 25.- Entrega de aportes no dinerarios

La entrega de bienes inmuebles aportados a la sociedad se reputa efectuada al otorgarse la escritura pública en la que conste el aporte.

La entrega de bienes muebles aportados a la sociedad debe quedar completada a más tardar al otorgarse la escritura pública de constitución o de aumento de capital, según sea el caso.

f. *Traditio longa manu*

El Código no trata la *traditio longa manu*[44].

Llamada *oculis et affectu*, es una forma de ocupación potencial.

Se dio, básicamente, para las cosas inaccesibles.

En esta, la propiedad que ha de transmitirse no se pone físicamente a disposición, *corpore et tactu*, sino que es indicada en lontananza, a la distancia; *v. g.*, el *tradens* muestra desde una cima los límites del fundo cuya propiedad transmite al *accipiens*. El ejemplo más conocido es el dado por Celso: dos partes en lo alto de una torre señalan la transferencia de posesión del inmueble colindante, así la posesión se transmite *oculis et affectu* (con la vista e intención) (Vieira, 2008, p. 596). Es el gesto lo que marca esta tradición.

19.2 Adquisición originaria

Es un acto jurídico unilateral y real.

También es llamada *posesión unilateral* o posesión naciente.

Está relacionada, básicamente, con la adquisición directa de la posesión.

44 *Digesto* 46, 3, 79, *in fine*.

Crea una posesión nueva (Cuadros Villena, 1994, p. 341), una que antes no existió. En todo caso, podemos decir:

- Crea una que antes no existía (*res nullius*), o
- Si existía estaba descuidada (*res derelictae*), o
- Sin vinculación alguna con el anterior poseedor: robada (*res furtiva*).

Es una posesión natural, surge *ex novo*, en razón de que la apropiación se caracteriza por la toma del control material de la cosa por parte de una persona en forma pública y reiterada (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 95). No hay consentimiento del poseedor precedente (Gomes, 2012, p. 62) ni relación jurídica entre el nuevo y el antiguo poseedor (Gama, 2011, p. 132). La realidad es que no existe otro poseedor, sino solo aquel que adquiere. No se produce una transferencia; simplemente es una adquisición. La posesión adquirida carece de las cualidades de la posesión anterior, si es que la hubo (Musto, 2007, p. 201). La posesión nace en cabeza del adquirente (Mariani de Vidal, 2009, p. 174); de allí su nombre: posesión de origen.

La titularidad dominical es obtenida con independencia del derecho del titular anterior. El adquirente toma la posesión de la cosa sin el consentimiento de su poseedor anterior; se cumple con la sola intervención de la voluntad del adquiriente (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 90). Al no existir una posesión anterior, la posesión actual no puede sumarse a otra existente (no hay accesión).

Es lo que los portugueses conocen como el *apossamento*. A criterio de Vieira (2008, p. 578), acorde con el artículo 1263 del Código portugués, deben configurarse tres requisitos:

- Práctica de actos materiales
- Publicidad de actos materiales
- Reiteración de práctica de actos materiales

En nuestro medio, la adquisición originaria se configura en tres casos:

- Despojo
- Ocupación
- Aprehensión

19.2.1 Aprehensión

Del latín *apprehensĭo, -ōnis*: coger, asir, agarrar.

Se aplica a los bienes muebles en vacancia posesoria (*vacua possessio*). También se le conoce como *apropiación*.

La aprehensión es el elemento material más simple del acto de adquisición (Musto, 2007, p. 199). Es una forma de disposición física de la cosa, recae sobre bienes materiales (Gomes, 2012, p. 62); es lo que se conoce como el *usus*.

Así tenemos:

- *Res nullius*: piedras, conchas y otros; pertenecen a quien las aprehenda (art. 929).
- *Especies cinegéticas* (animales de caza y pesca): pertenecen a quien las coge, pero basta que hayan caído en la trampa o redes (*corpus directo*) o que heridos sean perseguidos sin interrupción[45] (*extensión del corpus*). Ambos son casos de apropiación (art. 930) (una forma de espiritualización de la posesión).
- *Lo cazado o pescado en predio ajeno*: pertenece al titular o poseedor (art. 931).

Téngase en cuenta que la simple aprehensión no siempre es un elemento de adquisición de la posesión; se requiere la intención para convertirme en poseedor (Musto, 2007, p. 200). *V. g.*, tomar el Código Civil de un alumno para leer un artículo no me hace poseedor del Código; agarrar una pesa del gimnasio para ejercitarme no me hace poseedor de la pesa. En ambos casos, soy un simple tenedor, sea del Código, sea de la pesa.

19.2.2 Ocupación

Del latín *ocupatio*. Implica pasar a ser parte de un bien.

Se aplica a los bienes inmuebles. Es asentarse, establecerse en un bien.

Según el *Diccionario de la lengua española*:

> *Ocupar*.1.tr. jerg. Tomar una vivienda o un local deshabitados e instalarse en ellos sin el consentimiento de su propietario. *Un centenar de personas ocupó un edificio vacío*. U. t. c. intr. (www.rae.es).

Es, en definitiva, tomar posesión de cosa ajena.

---

45 La persecución ininterrumpida es una prolongación de la posesión, y la toma de la posesión se estima realizada en el momento en que el animal es herido, a condición de ser perseguido sin interrupción.

La ocupación es, entre todos los que hay, el medio adquisitivo de la posesión por excelencia (De Reina Tartière, 2012, p. 143); demuestra posesión, no propiedad (Torres Vásquez, 2006, p. 368).

Se aplica a los bienes inmuebles, pero debe tenerse presente que no se adquiere dominio, sino solo posesión, ya que no existe la *res nullius* en inmuebles (inc. 4 del art. 968). En efecto, en el Perú no hay *res nullius inmobiliarius*: los bienes inmuebles que no son de nadie pertenecen al Estado; no existe la propiedad vacua en materia inmobiliaria. La *res nullius* solo opera para las cosas muebles.

Una cosa es adquirir *dominio* y otra, muy distinta, adquirir *posesión*; esto último es posible si el inmueble esta vacío, sin poseedor, y puede ser ocupado. En este caso, sería perfectamente viable la posesión vacua (art. 1926 del Código argentino).

La ocupación puede ser (De Reina Tartière, 2012, p. 143):

- Material o efectiva: cuando nos llevamos el bien comprado
- Potencial: cuando nos dejan el periódico en la puerta de nuestra casa

19.2.3 Despojo

Es la expoliación.

20. Conservación

La conservación implica mantener una situación potestativa de injerencia socioeconómica sobre un bien (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 98).

Para que la conservación proceda, deben darse los siguientes elementos (González Linares, 2012, p. 241):

- Preexistencia de la posesión
- Voluntad de retomar la posesión
- Interrupción posesoria pasajera por hechos ajenos a la voluntad del poseedor

La posesión se conserva con la sola posibilidad de injerencia sobre el bien, incluso aunque se haya perdido contacto físico con el bien, siempre que ese contacto pueda retomarse en cualquier momento (Gonzales Barrón, 2013, t. I, pp. 583-584); *v. g.*, el viajero respecto del equipaje en la bodega del avión. Bien dice Musto (2007) que una persona puede estar alejada de la cosa, no

tener intención de poseerla, haber olvidado de forma momentánea su relación con la cosa poseída o el lugar donde ella está situada (p. 22), y no por ello se deja de ser poseedor. La pérdida del *corpus possessionis* no significa una pérdida de la posesión (Cuadros Villena, 1994, p. 370). Es el caso del despojo, que no implica necesariamente una extinción de la posesión.

Si eventualmente, por motivo de fuerza mayor, se impide el ejercicio del poder sobre la cosa de modo transitorio —caída de un puente, que hace inviable el acceso a una zona rural—, no se produce la pérdida de la posesión (Gama, 2011, p. 136).

La conservación de la posesión tiene amparo en el artículo 904, que permite excluir del ámbito posesorio aquellas situaciones de impedimento objetivo (restricción para llegar a un predio por una catástrofe, por una inundación) y de impedimento subjetivo (salir de viaje) o por acto de tercero (detentaciones pasajeras o toleradas) (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 587).

Base legal

> Artículo 904.- Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera.

21. Extinción

Ocurre cuando cesa el poder físico sobre el bien.

Como poder de hecho, la posesión se extingue cuando se tornan imposibles los hechos que permiten su ejercicio.

La extinción es la antítesis de la adquisición. Adquisición y extinción van generalmente unidas, siendo la regla que cuando una posesión concluye, otra nace, aunque puede perderse una posesión sin que nadie la adquiera (extinción, abandono, pérdida) (Borda, 2008, p. 107).

La extinción de la posesión puede ser:

Voluntaria	Involuntaria
– Tradición – Abandono	– Por ejecución de resolución judicial – Destrucción – Pérdida
Intención de dimitir en el poder material sobre el bien	Imposibilidad material de ejercer el uso sobre el bien

Está regulada en el artículo 922.

Veamos cada uno de los modos de extinguir la posesión:

21.1 Por tradición

La tradición es, al mismo tiempo, un modo de adquisición y de pérdida de la posesión; uno pierde porque otro adquiere; uno adquiere porque otro pierde (Gomes, 2012, p. 69; Gama, 2011, p. 140).

La tradición se configura con la entrega del bien por parte del *tradens* al *accipiens*. El segundo adquiere posesión y el primero la pierde mediante su transferencia.

La tradición, onerosa o gratuita, implica una pérdida de la posesión.

No hay *animus* ni *corpus*.

Base legal: inciso 1.

21.2 Por abandono

Es la derelicción, del latín *derelictio* (abandono).

Implica un no querer poseer el bien (*animus in contrarium actus*).

A decir de Teles de Menezes (2012), el poseedor abdica de su posesión sobre la cosa (p. 142); la deja materialmente a su suerte, con intención de no volverla a poseer (Tapia Ramírez, 2012, p. 413).

El abandono es el acto intencional de despojarse por sí mismo del bien sin ningún acto posesorio o sin que tenga poseedor conocido o nuevo (González Linares, 2012, p. 242); no tiene destinatario (Cuadros Villena, 1994, pp. 285-286). El bien pasa a ser *res derelictae*.

Debe diferenciarse del extravío, que es perder la cosa, no está implicada la voluntad.

No hay *animus* ni *corpus*.

Base legal: inciso 2.

21.3 Por ejecución de resolución judicial

Es la ejecución de sentencia la que determina la pérdida de la posesión.

Los procesos más comunes que acaban con la posesión son:

- Desalojo
- Embargo
- Reivindicación
- Interdicto de recobrar

Además, el fin de la posesión puede ser producto de transacción o conciliación.

No hay *corpus*.

Base legal: inciso 3.

21.4 Destrucción total

Implica una extinción *per se*.

El bien desaparece materialmente y, por ende, también su utilidad económica (González Linares, 2012, p. 244).

Es el aniquilamiento físico del *corpus*, quedando inútil para cumplir su destino social y económico (Cuadros Villena, 1994, p. 374). Puede darse por diversas razones:

- Por un hecho propio
- Por el hecho de un tercero
- Por un acontecimiento natural; *v. g.*, inundación de un río, salida del mar, huaico, avalancha que cubre íntegramente un predio (dicha área pasa al dominio público, con el Estado como nuevo poseedor)

La destrucción impide que el poseedor continúe en el ejercicio del poder físico (Gomes, 2012, p. 70).

Destrucción parcial. La posesión subsiste en la parte restante (Vieira, 2008, p. 607).

Transformación. En caso de que la cosa se transforme, nacerá una nueva posesión en la cosa transformada (Musto, 2007, p. 224); *v. g.*, los restos de un animal muerto o cuando el bien se transforma en otro distinto: especificación y mezcla (art. 937).

No hay *corpus*.

Base legal: inciso 4.

21.5 Pérdida

Debe entenderse como extravío.

Es la carencia o privación del bien, sin conocimiento de dónde está.

Es involuntaria. Es la salida de la cosa del poder del poseedor contra su voluntad (Gama, 2011, p. 141).

El bien no desaparece materialmente; permanece, pero el poseedor ignora su paradero, y mantiene su utilidad económica al poder recuperarse. En tanto hay la intención de recuperarla, no se renuncia al derecho. *Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamem solo animo retineri potest*[46].

En el concepto de pérdida incluiríamos la destrucción parcial en la medida en que la posesión pueda ser recuperable; *v. g.*, la inundación de un terreno extinguirá la posesión, pero esta podrá ser recuperada una vez que las aguas regresen a su cauce.

En cuanto a los animales, a decir de Eleodoro Romero (1947, p. 82), se pierden para el dueño cuando mueren o cuando adquieren su libertad; *v. g.*, el pájaro que fuga de su jaula (Gomes, 2012, p. 69).

Hay *animus*, pero no *corpus*.

Base legal: inciso 4.

21.6 Otras formas de extinción no contempladas

¿El artículo 922 constituye un *numerus clausus* o es meramente enunciativo?

Entre aquellas otras formas de extinción no contempladas en el Código, están:

– Por ley[47]

46 Ley 12, tít. 30, P 3ª.

47 Es el caso del D. S. 001-2017-RE (DOEP, 24 de enero del 2017), que establece la posibilidad de la adquisición de inmuebles para consulados y establecimientos de organizaciones y organismos internacionales dentro de los cincuenta kilómetros adyacentes a las fronteras. Esta norma indica, en su artículo 4, que "La transferencia de la propiedad o posesión del bien a otras entidades o particulares extranjeros que no tengan las condiciones o cumplan con las finalidades establecidas en el artículo 1 y 2 del presente Decreto Supremo da lugar a la pérdida del derecho adquirido por la entidad, en beneficio del Estado peruano, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Constitución Política del Perú". El análisis del tema determina que, técnicamente, no se trata de un caso de pérdida del derecho real, pues la transferencia aludida es contra ley, lo que genera *ipso iure* la nulidad del acto jurídico. Así, el remedio negocial de la transferencia que no se ajuste a las condiciones previstas en los artículos 1 o 2 del decreto

- Renuncia
- Interversión
- Expropiación
- Usurpación (desposesión)
- Imposibilidad física o material
- Despojo (aunque este puede ser un caso de conservación: art. 904)

El bien adquiere la calidad de *extra comercii* (los bienes aportados a una asociación, las zonas comunes en la propiedad horizontal)

Puede decirse que todo supuesto que no encuadre dentro del artículo 896 ha dejado de ser posesión o, más precisamente, constituirá un caso de pérdida, a decir de Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 591). En ese sentido, no se trata de una norma con supuestos taxativos; luego, el listado del artículo 922 no es un *numerus clausus*, sino meramente enunciativo.

En efecto, Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 591) considera que las hipótesis de pérdida de la posesión no contempladas en el artículo 922 deberán producir el mismo efecto, pues ante la falta de previsión normativa deberá tomarse en cuenta la definición institucional de la relación posesoria (art. 896); así, si una determinada situación no cumple con los requisitos de la definición legal, entonces deja de ser posesión.

La enumeración de modalidades de extinción se ciñe a la teoría subjetiva de Savigny, tomando en cuenta la cesación, sea del *corpus*, sea del *animus*; sin embargo, esta tendencia resulta inútil, como refieren Chaves y Rosenvald (2009, p. 99), por lo que debe seguirse —como sucede con la adquisición— un criterio objetivo, como lo hace el Código brasileño:

> Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.

22. Limitación

En este apartado entran aquellos casos en que se restringe la posesión.

Las normas establecen dichas restricciones.

---

supremo es la nulidad, por contravenir las normas de orden público (*ius cogens*). No hay pérdida del derecho real, pues nunca existió el efecto traslativo de la propiedad o posesión. No se pierde aquello que nunca se tuvo; solo hubo una apariencia de acto de transferencia.

Constitución

- *Límite de posesión de los extranjeros.* Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni *poseer* por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido (art. 71).
- *Restricciones y prohibiciones específicas para la posesión.* La ley, por razones de seguridad nacional, puede establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la *posesión* de determinados bienes, así como también para su adquisición, explotación y transferencia (art. 72)[48].
- *Naturaleza de los bienes de dominio público.* Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico (art. 73).
- *Posesión de armas de guerra.* La ley reglamenta la fabricación, el comercio, la *posesión* y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra (art. 175).

Código Civil

- *Menor que se casa sin asentimiento.* El menor que se casa sin el asentimiento a que se refieren los artículos 244 y 245 no goza de la posesión, administración, usufructo ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcance la mayoría (art. 247).

23. Actos posesorios

Los actos posesorios representan una presunción legal *iuris tantum* que prueba la existencia de la posesión.

Entre ellos están:

- Deslinde
- Plantaciones
- Amojonamiento

48 Su antecedente es el artículo 127 de la Constitución Política de 1979.

- Corte de maderas
- Percepción de frutos
- Construcción o reparación

24. Relaciones del sujeto con las cosas

El sujeto se vincula con los objetos en diversidad de formas, tiempos y oportunidades.

El simple uso de las cosas y la yuxtaposición son casos de detentación, de no posesión.

De las relaciones entre las personas y las cosas, tenemos —de menor a mayor, que no son típicamente situaciones posesorias— las siguientes:

24.1 Simple uso de las cosas

Caso relacionado con los detentadores esporádicos, quienes no son poseedores ni servidores de la posesión. Su relación con el bien es momentánea y por demás pasajera.

La referencia a las cosas es a aquellas que usamos en nuestra vida cotidiana y que no nos pertenecen (las carpetas de la escuela, el lapicero para firmar el parte de asistencia, la tasa en que nos sirven el café).

Estos casos se dan por causas especiales y no comunes:

- El cartero en relación con la correspondencia
- Los lentes facilitados para ver una función en 3D
- Tomar prestada una casaca para abrigarse del frío
- El invitado a cenar respecto de los utensilios de mesa
- Pedir prestado un libro de la biblioteca de la universidad
- Usar el estacionamiento de la casa adonde llegamos de visita
- El huésped de un hotel respecto de la habitación que ocupa y sus utensilios

Esto encuentra sustento en que la posesión requiere de una estabilidad, de una permanencia en el tiempo para que produzca efectos; de esta manera, se conserva la posesión aunque existan hechos de naturaleza pasajera que impidan su ejercicio (art. 904). Las características de esta

detentación son la transitoriedad, la intermitencia y el permiso del titular del derecho (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 597).

24.2 Yuxtaposición local

Llamada *simple conjunción o relación de lugar*.

Según el *Diccionario de la lengua española* (www.rae.es), yuxtaponer (del latín *iuxta*, "cerca de", y *ponĕre*, "poner") es "1. tr. Poner algo junto a otra cosa o inmediata a ella".

Se trata de una mera relación de contacto físico —sin voluntad— con una cosa: estas se hallan al lado, puestas junto a una persona, la que no las detenta ni utiliza (De Reina Tartière, 2012, p. 138). No hay voluntad de tener un objeto, pero se tiene.

Es una derivación de la teoría de Savigny.

Para poseer se debe tener conciencia de ello (*intelectus possidendi*). A criterio de Valencia Zea (2012, p. 55), sin voluntad no podemos hablar de posesión, sino de una simple relación de proximidad espacial con un objeto. La carencia de voluntad puede consistir en no tener conciencia de ese contacto (loco, dormido o sin discernimiento), o puede denotar que el contacto se produce sin voluntad (el prisionero y sus cadenas) (Musto, 2007, p. 146).

No basta tener; es necesario desear. La voluntad engarza al sujeto con el objeto, lo que se conoce como la *iniciativa personal* (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 56).

Es una mera relación de contacto físico, prácticamente involuntaria y, por esta razón, es la de menor importancia jurídica. Carece de todo efecto legal.

Entre los casos pertinentes están:

- El chupón que tiene el bebé
- El objeto que tiene un demente
- El bien colocado en la mano de una persona dormida, ebria o inconsciente
- Las cadenas del preso (antes que poseerlas, las cadenas lo poseen a él, a decir de Ihering [1926, p. 36])

La yuxtaposición no está regulada por nuestra normativa. Es una institución que carece de importancia jurídica, irrelevante, justamente por no implicar existencia de voluntad.

24.3 Servidor de la posesión

24.3.1 Antecedentes

Su origen está en el derecho alemán (el BGB):

> Artículo 855 (Siervo en posesión de la cosa). Si una persona ejerce el señorío de hecho sobre una cosa por otro en la casa o el negocio de este último, o en una relación similar en virtud de la cual ha de obedecer las instrucciones del otro relativas a la cosa, solo dicha persona es el poseedor

Fue consagrado en el Código del 52:

> Artículo 469.- El que tiene una cosa ó usa de ella a nombre o por voluntad de otro, no posee para sí sino para este.

El Código del 36 no trató de él.

24.3.2 Denominación

Caso referido a la mera tenencia o del auxiliar de la posesión.

Llamada posesión *natural* o posesión *en nombre ajeno* (*possessio alieno nomine*). Tenencia relativa; representante o gestor de la posesión. Algunos la llamaron *posesión precaria* o *posesión natural*.

Es el *fâmulo da posse* (siervo de la posesión) de los brasileños. *Besitzdiener* (siervo en posesión de la cosa) para los alemanes (art. 855 del BGB).

24.3.3 Concepto

Tenencia[49] es *detentar* un bien.

Es el poder de hecho sobre un bien, en tanto que se reconoce en otro la facultad de someterlo al ejercicio de un derecho real. Es ejercer la posesión en nombre de otra persona (*animus detinendi*), respetando sus derechos. Una forma de posesión *interposita*.

La posesión se da en nombre propio. La detentación en nombre de tercero es una especie de representación posesoria; la disponibilidad de la cosa en nombre de otro (Gama, 2011, p. 90).

---

49 Del latín vulgar *tenentia, ae*, "lo que se tiene", referido a los bienes. Para algunos, deriva de la palabra *tença*, "remuneración de servicios prestados".

La *detentación* es la negación de la posesión, es una "no posesión". Es, como dicen Chaves de Farias y Rosenvald (2000), una posesión degradada, jurídicamente descalificada por el ordenamiento jurídico (p. 74); o, como considera Gomes (2012), una media posesión (p. 45), una posesión en segundo grado.

> La detentación consiste en una posibilidad de obrar inmediatamente sobre la cosa, pero ese poder no es propiamente la esencia de la detentación y, en todo caso, ese poder no proviene de la voluntad individual, sino del reconocimiento social de la preeminencia. (Álvarez Caperochipi, 2015, p. 115)

(Entiéndase así a la publicidad: lo que los demás ven de la relación con el bien.)

A decir de Gonzales Barrón (2013), es "el contacto físico voluntario del hombre sobre la cosa, pero que no llega a configurar una situación posesoria, ni le confiere la protección asignada a esta" (t. I, p. 469).

Según Avendaño Valdez —citado por Mejorada (2007, p. 63)—, el servidor de la posesión es un brazo extendido del poseedor.

24.3.4 Características

Entre las principales están:

– Es producto de una relación de derecho

Se recibe el bien en mérito de un acto jurídico lícito (contrato) o de un derecho (patria potestad). No puede derivar de un hecho jurídico.

– No hay *animus possidendi*

Hay ausencia de voluntad posesoria, pero también presencia de una detentación interesada.

Esta es la principal diferencia con la posesión (ver anexo 2): mientras que la posesión es el poder de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, la tenencia es la mera relación con el bien, sin ninguna utilidad para el tenedor (González Linares, 2012, p. 181).

Se trata de una mera relación física con el bien, teniendo la cosa en nombre ajeno (*nomine alieno*); por ello se dice que en ella solo existe *animus detinendi*, propio del detentador: la intención de tener, retener o conservar por otro.

El *animus possidendi* se identifica con el *animus domini,* pero se contrapone al *animus detinendi*.

– El tenedor no es poseedor

Solo tiene el bien.

El servidor de la posesión no es poseedor, directo ni indirecto. No se produce un desdoblamiento de la relación posesoria (Gomes, 2012, p. 57).

Hay una simple y mera relación, no como dueño, sino en nombre de otro, sirviéndolo. Como se indica, quien tiene el bien "sirve" al poseedor; este, al no tenerlo, requiere de alguien que lo cuide y atienda. Se posee por otro. Implica un poder efectivo.

Los servidores de la posesión no pueden:

– Adquirir los frutos del bien
– Adquirir por *usucapio* ningún derecho real sobre la cosa
– Ejercer ninguna acción posesoria por carecer de derecho e interés sobre el bien

Bien aclara Avendaño (1986, p. 92), en el Código, que la noción de *poseedor* absorbe la de *tenedor*; desaparece esta última.

– Dependencia

Para muchos, esta es la característica principal.

Existe una relación de subordinación, pública o privada, una jerarquía. Se tiene un encargo, se siguen instrucciones.

Se origina de un contrato, derecho, relación (social, laboral, familiar), comisión, mera amistad o cortesía en el cuidado de un bien.

El tenedor depende del poseedor o del propietario. Es aquel que representa a quien goza de la posesión (Romero Romaña, 1947, p. 64). Es un mero instrumento humano al servicio del poseedor (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 108). Su actuar está sujeto a las órdenes que le imparten para el cuidado del bien; de allí que se diga que el tenedor está sujeto a una subordinación, que carece de interés propio y que actúa en beneficio ajeno, en nombre del auténtico poseedor o recibiendo instrucciones de este (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 422). Se descarta que su actuar sea en interés propio.

La labor del servidor puede ser gratuita o remunerada; de duración corta o larga; eventual o informal.

Entre los casos más comunes están:

- El chofer respecto al auto que maneja
- Los bibliotecarios respecto a los libros

- El médico respecto al material de la clínica
- El cocinero respecto a los utensilios que utiliza
- Las empleadas del hogar con el menaje de la casa
- El pasajero respecto al vehículo que lo transporta
- El obrero en relación con las herramientas que utiliza
- Los soldados en relación con las armas que utilizan
- El entrenador respecto a los aparejos para las prácticas
- Los alumnos y el profesor respecto a los bienes que hay en el aula

Fuera de los casos mencionados, sin duda, hay cientos más.

Es el caso de las relaciones derivadas de un vínculo de dependencia (obrero con la maquinaria), hospedaje (el pasajero con los bienes de la habitación que usa) u hospitalidad (huésped de la habitación y enseres que se le conceden).

En las relaciones familiares resulta difícil aplicar la institución del servidor de la posesión, tomando en cuenta que la detentación que ejerce un pariente (cónyuge, conviviente, hijo) puede fundarse en un deber de asistencia y auxilio sustentado en normas del derecho de familia que, obviamente, interfieren la posesión, conforme lo establecido en variada jurisprudencia (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 459)[50].

– Determinada por ley

La ley establece en qué casos se configura tenencia —*i. e.*, se determina por ley—, siendo esta la excepción, frente a la posesión, que es la regla. En términos prácticos, ello significa que existe posesión a menos que la ley establezca que hay tenencia (Cuadros Villena, 1994, t. I, p. 283).

Negar la condición de poseedores a quienes llevan a cabo conductas posesorias en interés de otros es una decisión legislativa que permite asimilar la institución del servidor de la posesión con la del mandato (art. 1790).

En definitiva, puede decirse que el servidor es un mandatario de la persona interesada en el bien, *i. e.*, el mandante (Mejorada Chauca, 2007, pp. 62 y 63).

– Pluralidad de sujetos

La relación del servidor de la posesión se da con el poseedor o con el propietario.

---

50 Cas. 3191-99, Cusco; cas. 336-02, Lima; cas. 3135-99, Lima; cuando sostienen que el deber de alimentos o asistencia entre cónyuges es causa de detentación. Ver Gonzales Barrón (2013, p. 459).

En esta figura existen dos sujetos:

- Tenedor (tiene el bien), llamado detentador
- Poseedor (de quien es el bien), poseedor *longa manus*

Así las cosas, la posesión directa jamás se confunde con la detentación; el servidor no es poseedor directo, no ejerce el elemento económico de la posesión, pues no practica actos en nombre propio, sino en nombre ajeno (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 70).

Así tenemos que para configurar la tenencia debe haber: i) un sujeto que tenga el bien; ii) otro que tenga el derecho de posesión; iii) un vínculo de dependencia o de subordinación; iv) posesión del bien a través de otro que lleva a cabo actividades bajo órdenes, que carece de un poder propio sobre el bien.

24.3.5 Tutela posesoria

Defender la tenencia es un tema que siempre se ha discutido.

Gonzales Barrón (2013, pp. 422 y 424) plantea dos escenarios:

– *Cuenta con tutela posesoria*

Pueden ejercerla tomando en consideración que el artículo 920 no lo prohíbe y que por interpretación extensiva podría permitirse dicha facultad a favor del servidor. Además, este realiza un acto permitido por la ley cuando repele la agresión ilegítima en beneficio del principal.

– *Carece de tutela posesoria*

El servidor de la posesión ejerce el poder de hecho, pero no es poseedor, por lo que carece de tutela posesoria

No goza de la acción interdictal, pero sí de la autodefensa de la posesión (art. 920). Para Lama More (2012, p. 75), debe proporcionársele al tenedor la posibilidad de ejercer la defensa posesoria en nombre del poseedor, en la medida y siempre que este se lo autorice.

Esta posición no es unánime. Para algunos autores, el servidor de la posesión sí tiene derecho a ejercer la defensa del bien:

> el propietario de un coche no llega a perder su posesión mientras lo detente su chofer, servidor de la posesión; el chofer, aunque no tiene tutela interdictal frente a su empleador y propietario, sí la tendría frente a cualquier tercero que perturbe su detentación. (Álvarez Caperochipi, 2015, p. 113)

24.3.6 Importancia

El servidor de la posesión es una realidad.

Muchas cosas, y la mayoría de nosotros, son parte de esta institución. González Linares (2012, p. 183) considera que los bienes entregados al servidor de la posesión lo son con el objeto de que este cumpla con las órdenes del poseedor y con quien están en una situación de subordinación o dependencia.

24.3.7 Determinación de los grados de la tenencia

La tenencia cuenta con niveles o escalas, entre las cuales identificamos a las siguientes:

Tenencia	Descripción	Casos
Absoluta	No hay poseedor cuya posesión el tenedor represente. El poseedor lo es todo. El contacto material con el bien no importa, ni hay voluntad de aprovecharse del bien. La ejerce un número indeterminado de sujetos.	Bienes de dominio público
Relativa	Hay poseedor cuya posesión el tenedor representa. La ejerce un determinado sujeto.	
Casual	Contacto voluntario con el bien a fin de utilizarlo y aprovecharlo en forma circunstancial.	Huésped con los muebles de la habitación
Interesada	Se tiene el bien reconociendo en otro la propiedad, pero con facultades de aprovechamiento.	Locatario
Desinteresada	Se tiene el bien en interés ajeno, sin facultades de aprovechamiento; se le llama *por procuración*.	Mandatario, depositario
Con dependencia	La relación con el bien está sujeta a un contrato entre dos partes.	Obrero y herramientas de su empleador

Como se aprecia, el caso del servidor de la posesión refiere una tenencia casual, desinteresada y con dependencia.

24.3.8 Actos que inducen una posesión

No son posesión *per se*.

Son casos de detentación (tenencia) desinteresada.

Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere (No inducen a posesión los actos de mera permisión o tolerancia, provenientes de la confianza de las relaciones familiares o de la amistad) (Gomes, 2012, p. 67). Muchas veces confiamos nuestras cosas a quienes sabemos que las cuidarán, sin que ello implique un desprendimiento o cesión de la posesión. Concedemos el cuidado de nuestras cosas en quienes nos fiamos: *Hand wahre hand* (busca la confianza allí donde la depositaste) (adagio del derecho germánico).

En el Código brasileño hay un artículo interesante que delimita el ámbito de la posesión:

> Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Interpretemos cada uno de los casos citados:

– *Permisión*: tomar productos del supermercado

– *Tolerancia*: escribir con el lapicero de un amigo

– *Violencia*: actos de invasión de un terreno, o del ladrón

Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 75 y ss.) indican que el ordenamiento brasileño reconoce cuatro hipótesis taxativas de detentación:

– Servidor de la posesión

– Actos de permisión o tolerancia

– Actos de violencia o clandestinidad

– Actuación de bienes públicos de uso común del pueblo o de uso especial

Penteado refiere las llamadas *figuras análogas y especies de la posesión* (2008, p. 584):

– *Detentación*: es el ejercicio posesorio en nombre ajeno. El detentador ejerce la posesión subordinado a otro sujeto, de acuerdo con sus instrucciones.

– *Tenencia*: es el mero contacto físico con el bien, desprovisto de protección jurídica. Se trata de una mera situación de facto.

Ni los actos de mera facultad (optativos) ni los de mera tolerancia (por razones de buena vecindad, familiariadad o amistad) son suceptibles de dar origen a una posesión legítima (Tapia Ramírez, 2012, p. 410).

Estos casos son tratados en el *Codice* (art. 1144), el *Code* (art. 2232) y el Código español (art. 444).

24.3.9 Base legal

> Artículo 897.- No es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

25. Ámbito

Al término *posesión* se le han dado varios sentidos: dominio (Juan tiene varias posesiones) o tenencia (Juan tiene un carro).

La posesión puede considerarse en varios ámbitos, como refiere Eleodoro Romero (1947, pp. 57-58).

- Es el objeto o contenido de un derecho. La propiedad es el derecho real por excelencia y dentro de la propiedad está el derecho de poseer; sin posesión, la propiedad sería un derecho teórico.
- La posesión es el punto de partida de la mayoría de derechos reales. La posesión es la que determina la iniciación de casi todos los derechos reales.
- La posesión es un derecho real independiente, autónomo, que tiene consecuencias jurídicas propias.

Asimismo, es tratada de diversas de formas en el Código Civil, el que le confiere nuevos y diferentes ámbitos, entre ellos:

- Posesión temporal de bienes (arts. 50, 51, 54 y 885-2).
- Posesión constante del estado de matrimonio (art. 269).
- Posesión constante del estado de casados de los padres (arts. 272 y 273).
- Posesión constante de estado convivencial (art. 326).
- Posesión constante de estado filial matrimonial (arts. 375 y 376).
- Posesión constante de estado de paternidad (art. 398).
- Posesión constante del estado de hijo extramatrimonial (arts. 402-2 y 2084).

Es obvio que la posesión es tratada en estos casos como situación de permanencia y continuidad, pero no en el sentido institucional de un derecho real.

26. Posesiones especiales

Entre estas están:

- Aérea
- Marina
- Minera
- Agraria

27. Inscripción de la posesión

> Artículo 2021.- Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles.

Este artículo comprende el *derecho de posesión*, no así el *derecho a la posesión*. La no registrabilidad se sustenta en la diferencia entre ambos derechos.

El derecho de posesión (mero tener) no constituye acto inscribible, conforme lo ha establecido la jurisprudencia registral[51]. Solo puede inscribirse cuando se ha materializado el dominio.

El derecho a la posesión (ejercicio de una relación jurídica) puede inscribirse:

- Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles (del cual surge el derecho de la posesión) (inc. 1 del art. 2019)
- Los contratos de arrendamiento (inc. 6 del art. 2019)

El derecho de posesión —derivado del simple hecho de poseer por quien no es propietario— tiene protección legal por medio de los interdictos. Su consideración como derecho real (art. 986) no debe tener acceso al registro de la propiedad inmueble. La irregistrabilidad de la posesión determina que esta no sea oponible a terceros, dado que carece de los atributos de preferencia y publicidad, los cuales solo nacen con el registro (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 33).

Un criterio contrario, *i. e.*, a favor de la registrabilidad de la posesión, sigue Becerra Palomino (2007, pp. 360 y 361). Por su parte, Tapia afirma

51 Resolución 81-2014-SUNARP-TR-L, del 15 de setiembre del 2014.

—sustentándose en el artículo 3010[52] del Código Civil Federal de México— que "La importancia jurídica de la inscripción de la posesión estriba en que es una forma de acreditar el requisito de que la posesión se ejercita públicamente, sin ocultarla, a la vista de todos, interesados o no" (2012, pp. 411 y 412).

28. Función social de la posesión

Poseer no solo es importante para la persona; también le es connatural.

Todos tenemos algo: bienes ordinarios o especiales. Mediante ellos satisfacemos nuestras necesidades. En general, la persona necesita un lugar donde estar y vivir, donde desarrollarse y desenvolverse, donde trabajar y producir; un lugar en el que se sienta protegida y sienta resguardados sus bienes.

El desarrollo de la persona y su interrelación con los demás están asegurados con la posesión, la cual se presenta —además de su carácter real— como un derecho personal y social. Como dice Hernández Gil (1969), la posesión es una institución jurídica dotada de esencialidad y entidad suficiente para constituir una estructura de necesidades de bienes integrados en el espacio vital alimenticio y en el espacio vital de radiación (pp. 155 y 156).

En esta línea de pensamiento, Chaves de Farias y Rosenvald (2000) establecen que considerar a la posesión como un derecho especial brota por la propia relevancia del derecho de poseer, en atención al derecho social primario a la morada y al acceso a los bienes vitales mínimos que conceden dignidad a la persona (p. 37).

El uso de los bienes debe darse tomando en consideración no solo los intereses de quien los detenta, sino los derechos de la colectividad. De allí surge el criterio general de que la propiedad se ejerce en pro de su titular, sin descuidar el beneficio de la comunidad, "en armonía con el interés social" (art. 923). No se exige tal rol social a otro derecho real (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 81); al menos no hay una exigencia *expressis verbis*, lo que a nuestro criterio no es óbice para que la misma regla deba aplicarse para la posesión, al ser el segundo derecho real más importante —luego

52 Artículo 3011.- Los derechos reales y en general cualquier gravamen o limitación de los mismos o del dominio, para que surtan efectos contra tercero, deberán constar en el folio de la finca sobre que recaigan, en la forma que determine el Reglamento. Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los inmuebles que, en su caso, comprendan: La hipoteca industrial prevista por la Ley general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares; la hipoteca sobre los sistemas de las empresas, a que se refiere la Ley de vías generales de comunicación; y los casos similares previstos en otras leyes.

de la propiedad—, además de ser el contenido de la propiedad, su causa y necesidad, así como el de la mayoría de los derechos reales.

Entonces, si al derecho de propiedad —como derecho real pleno— se le exige ese rol, con mayor razón se le exigirá al resto de derechos reales (Moreno Talavera, 2000), que se han constituido, como dice Rojina Villegas (2012), a su imagen y semejanza (p. 30). La posesión no puede ser disociada de la noción *función social* (Gama, 2011, p. 97); su trascendencia e importancia así lo exigen. A mayor abundamiento, consideramos que si como propietario me exigen que el ejercicio de la propiedad se dé en armonía con el interés social, la misma regla —con base en el principio *a minori ad maius*— se debe aplicar para el resto de derechos reales, en especial para la posesión.

Puede hablarse, entonces, del uso de la posesión en armonía con el interés social. Como todos poseemos, situación humana ineludible, dicha situación debe ser ejercida tomando en cuenta los intereses de quien tiene el bien y de todos aquellos que lo circundan. La función social de la posesión debe vincularse al uso de la cosa, siendo un uso adecuado, justo y socialmente entendido. Al igual que la propiedad, la posesión debe contar con un sentido social, descartándose el enfoque individualista, absolutista, desprovisto de cualquier contenido solidarista y humanitario. El acceso a la posesión es un instrumento de reducción de desigualdades sociales y tiende a una justicia distributiva (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 39): esta es una de las justificadas razones para su uso comunitario.

Gama (2011) considera que la función social de la posesión se revela por la presencia de la actividad humana social y económicamente relevante, como en los casos de la morada, la explotación de la actividad comercial, industrial. La posesión permite la "protección del ser", de las exigencias mínimas de la vida en sociedad (p. 111). La llamada *posesión vivienda* y *posesión trabajo* se relacionan con el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo como derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales); a través de la posesión, se desarrollan todas las necesidades básicas de todo ser humano.

En un sistema capitalista, la posesión supondría el adecuado contrapunto a una propiedad despersonalizada, a la concreción excesiva de los recursos, *mutatis mutandis*. En un sistema socialista, con un régimen encaminado a la colectivización de bienes y servicios, podrá restringirse, limitarse o prohibirse la propiedad de las cosas, pero la posesión se impondrá para evitar el abuso, dado que esta no puede suprimirse (De Reina Tartière, 2012, p. 128).

29. Ubicación

En la doctrina y la codificación comparadas se advierte que, indistintamente, se estudió primero a la posesión y luego a la propiedad.

29.1 Primero la posesión

Debe estudiarse en primer lugar la posesión, tomando en cuenta que es la expresión o manifestación objetiva de la propiedad, su cara visible; nadie tiene duda de que la posesión es el lado productivo de la cosa (González Linares, 2012, p. 156).

Primero se posee y luego, con el dominio, se adquiere propiedad. De los lineamientos de la posesión se determina el modo de adquirirse la propiedad.

En nuestro medio, el Código del 36[53] y el del 84[54] tratan a la posesión antes que la propiedad, lo cual es seguido por el derecho contemporáneo (Argentina 2015 y Brasil 2001).

La ubicación normativa y sistemática que le otorga nuestro Código a la posesión es adecuada por dos razones (González Linares, 2012, p. 157):

- Es la realidad viviente de la propiedad.
- Es la llave maestra para abrir todas las puertas de los demás derechos reales.

29.2 Primero la propiedad

Los problemas difíciles de la posesión suponen un conocimiento de la propiedad, en tanto que los de la propiedad no suponen, para su entendimiento, un conocimiento de la posesión (Rojina Villegas, 2014, p. 188). La propiedad es el *genus* y la posesión es la *spes*. Debe conocerse la propiedad como derecho real para entender los alcances de la posesión.

El *Codice* concluye la regulación normativa de los derechos reales con la *Possesso* (arts. 1140 a 1172), lo que a criterio de Vieira (2008) se debe a la naturaleza provisoria que la posesión le confiere a su titular (p. 512).

Nuestro Código del 52[55] trató primero a la propiedad y luego a la posesión.

---

53 Inspirado en el BGB (posesión: art. 854 y ss.; propiedad: art. 903 y ss.).
54 Inspirado en el *Codice* (*propietá*: art. 832 y ss.; *possesso*, art. 1140 y ss.).
55 Inspirado en el *Code* (*propriété*: art. 544 y ss.; *possessión*, art. 2228 y ss.).

30. Regulación legal

Las normas que regulan la posesión son:

30.1 Constitución

La Constitución sí se refiere a la posesión como un derecho real:

- *Límite de posesión de los extranjeros.* El artículo 71 manda que, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni *poseer* por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido.
- *Restricciones y prohibiciones específicas para la posesión.* El artículo 72 indica que, por razones de seguridad nacional, la ley puede establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la *posesión* de determinados bienes, así como también para su adquisición, explotación y transferencia. Su antecedente es el artículo 127 de la Constitución del 79.
- *Naturaleza de los bienes de dominio público.* El artículo 73 sustenta que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.
- *Posesión de armas de guerra.* El artículo 175 refiere que la ley reglamenta la fabricación, el comercio, la *posesión* y el uso, por los particulares, de armas distintas de las de guerra.

En términos generales, podemos decir que las normas de propiedad tratadas en la Constitución les son aplicables a la posesión.

La Constitución del 79 indicó en un artículo:

> Artículo 157. El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquiera otra forma asociativa directamente conducida por sus propietarios en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes. Hay conducción directa cuando el *poseedor* legítimo o inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa [...].

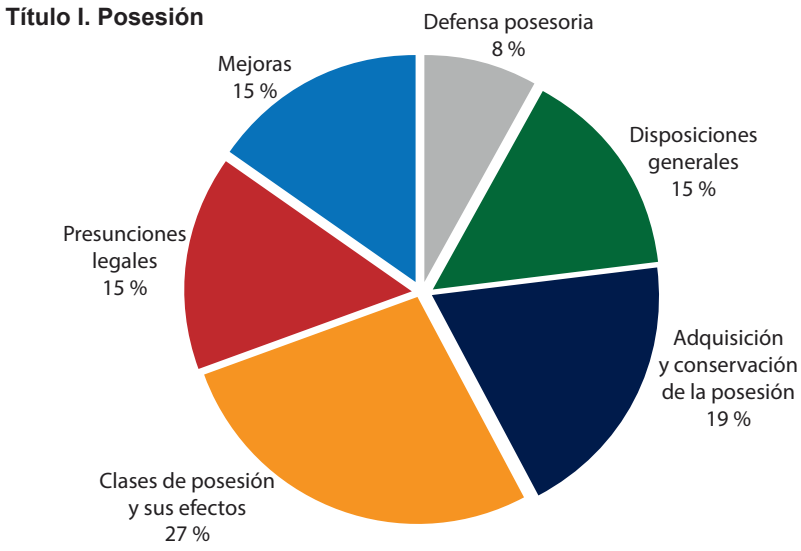
En lo que respecta al derecho de posesión, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución no lo protege, al declarar improcedente una demanda de amparo interpuesta en defensa de ese derecho:

> Fundamento 1: [...] lo que respecta al derecho de posesión, dado que el mismo es uno de naturaleza real contenido en la legislación infraconstitucional, no corresponde a este Colegiado evaluar si ese derecho es ejercido válidamente por el demandante. (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 439; Exposición de motivos oficial del Código Civil, 1990)[56]

30.2 Código Civil

El título I de la sección tercera del libro V de nuestro Código trata a la posesión como un derecho real principal a lo largo de 27 artículos (del 896 al 922).

Dicho título está compuesto de seis capítulos, y su articulado está distribuido en los porcentajes que se presentan en el correspondiente gráfico.



Gran parte de la normativa legal de la posesión se refiere a las clases de esta y sus efectos (27 %), seguida de la parte que se refiere a su adquisición y conservación (19 %), a las disposiciones generales, presunciones legales y mejoras (cada una con el 15 %) y, por último, a la defensa posesoria (8 %).

El Código del 52 la reguló en el título III (De la posesión y sus efectos: 14 artículos) y el Código del 36 en la sección segunda (De la posesión: 27 artículos).

56 Exp. 1398-2001-AA/TC.

31. Diferencias y semejanzas con la propiedad

Ya los romanos decían:

– *Separata esse debet possessio a proprietate*[57] (Debe separarse la posesión de la propiedad).

– *Nihil commune habet possessio cum propietate*[58] (Nada en común tiene la posesión con la propiedad).

Posesión y propiedad son dos instituciones clásicas de los derechos reales, cada una de las cuales con sus propias particularidades, pero que se relacionan entre sí. La posesión es la cara de la propiedad; la propiedad es la seguridad de la posesión (González Linares, 2012, p. 177). La posesión es la *imago dominii* (imagen exterior de la propiedad), según el criterio romano de Bonfante (Vieira, 2008, p. 514).

Véase el anexo 1.

Referencias

Allende, G. (1963). El acto jurídico real (con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades). *La Ley. Revista jurídica argentina, 110*, 1062-1078.

Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos reales*. Lima: Jurista.

Arce y Cervantes, J. (2012). *De los bienes*. México D. F.: Porrúa.

Arias Schreiber, M. (1991). *Exégesis del Código Civil peruano. Los derechos reales* (t. IV). Lima: Studium.

Avendaño Valdez, J. (1986). *Derechos reales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (1997). Atributos y caracteres del derecho de propiedad. En F. Trazegnies Granda, *Para leer el Código Civil* (10.ª ed., t. I, pp. 89-100). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (2007). Definición de posesión. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (t. V, pp. 57-59). Lima: Gaceta Jurídica.

57 *Digesto* 43.17.1.2.
58 *Digesto* 41.2.12 1.

Becerra Palomino, C. (2007). Actos o títulos posesorios inscribibles. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. X, pp. 357-361). Lima: Gaceta Jurídica.

Benavides Reverdito, X. (2007). Presunción de posesión intermedia. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado - Derechos reales* (2.ª ed., t. V, pp. 110-111). Lima: Gaceta Jurídica.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., t. 1). Buenos Aires: La Ley.

Cano Martínez de Velasco, J. (1992). *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos.* Barcelona: J. M. Bosch.

Carranza Álvarez, C. y Ternera Barrios, F. (2012). La posesión: medio y fin. Exámenes de la figura en Colombia y Perú. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (29), 30-47.

Castañeda, J. (1958). *Los derechos reales. Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., t. I). Lima: Talleres gráficos P. L. Villanueva.

Chaves de Farias, C. y Rosenvald, N. (2009). *Direitos reais* (6.ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Cuadros Villena, C. (1994). *Derechos reales* (t. I). Lima: Cuzco.

De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez, R. (2014). *Bienes y derechos reales* (7.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

De Reina Tartière, G. (2012). *Derecho civil. Derechos reales.* Madrid: CEF.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1986). *Sistema de derecho civil* (t. III). Madrid: Tecnos.

Eiranova Encinas, E. (1998). *Código Civil alemán comentado: BGB.* Madrid: Marcial Pons.

Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. (19 de noviembre de 1990). *Registros Públicos (artículos 2008 al 2045 del Código Civil).* Lima.

Flórez Roncancio, J. (2012). *Derecho civil. Bienes.* Bogotá: Temis.

Gama, G. (2011). *Direitos reais.* São Paulo: Atlas.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., t. I y t. II). Lima: Jurista.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales.* Lima: Jurista.

Guzmán Ferrer, F. (1982). *Código Civil* (t. II). Lima: Cultural Cuzco.

Hernández Gil, A. (1969). *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza Editorial.

IUS360. (8 de octubre del 2014). *360 segundos de Derecho: Martín Mejorada sobre la posesión* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=8qi3iJn7tNg.

Juspedia. (s. f.). *Los derechos reales y la posesión*. Recuperado de http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-civil-iii/01-los-derechos-reales

Lama More, H. (2008). El título posesorio en el Código Civil peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial* (1), 139-158.

Lama More, H. (2012). *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano* (2.ª ed.). Lima: Motivensa.

Maisch von Humboldt, L. (1984). *Los derechos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Mariani de Vidal, M. (2009). *Derechos reales* (t. 1). Buenos Aires: Zavalía.

Mejorada Chauca, M. (2007). Coposesión. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 67-69). Lima: Gaceta Jurídica.

Mejorada Chauca, M. (2007). Servidor de la posesión. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado. Derechos reales* (2.ª ed., t. V, pp. 59-64). Lima: Gaceta Jurídica.

Menezes Cordeiro, A. (2013). *Tratado de direito civil. Parte general: coisas* (3.ª ed., t. III). Coimbra: Almedina.

Moreno Talavera, G. (2000). *A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia*. São Paolo: Revista dos Tribunais.

Musto, J. (2007). *Derechos reales* (t. 1). Buenos Aires: Astrea.

Ochoa, O. (2008). *Bienes y derechos reales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Papaño, R. et al. (2004). *Derecho civil*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peñailillo Arévalo, D. (2014). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Pozo Sánchez, J. (2016). El hijo o familiar de quien detenta el bien bajo el título de arrendatario, ¿es poseedor, servidor de la posesión o usuario? En M. Torres Carrasco, *Los plenos civiles vinculantes de*

la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas (pp. 79-91). Lima: Gaceta Jurídica.

Ramírez Cruz, E. (2003). *Tratado de derechos reales* (2.ª ed., t. I y t. II). Lima: Rhodas.

Rojina Villegas, R. (2012). *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión* (15.ª ed., t. II). México D. F.: Porrúa.

Rojina Villegas, R. (2014). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (45.ª ed., t. II). México D. F.: Porrúa.

Romero Romaña, E. (1947). *Los derechos reales.* Lima: P. T. C. M.

Saleilles, R. (1909). *La posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del Imperio alemán.* Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Serrano Alonso, E. y Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de derechos reales.* Madrid: Edisofer S. L.

Tapia Ramírez, J. (2012). *Bienes* (2.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

Teles de Menezes, L. M. (2012). *Direitos reais* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Tenencia. (2013-10-julio). *Derecho 911.* Recuperado de http://derecho911.blogspot.pe/2013/07/tenencia.html

Torres Vásquez, A. (2006). *Derechos reales* (t. I). Lima: Idemsa.

Torres Vásquez, A. (2015). *Defensa posesoria.* Recuperado de http://www.etorresvasquez.com.pe/defensa_posesoria.html

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil* (t. II). Bogotá: Temis.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas.* Universidad de Lima y Gaceta Jurídica.

Vásquez Ríos, A. (1993). *Los derechos reales.* Lima: Igrap.

Vieira, J. (2008). *Direito reais.* Coimbra: Coimbra.

Von Ihering, C. (1926). *La posesión* (traduc. A. Posada). Madrid: Reus.

Von Ihering, C. R. (1896). *La voluntad en la posesión. Crítica del método jurídico reinante.* Madrid: Biblioteca Digital Jurídica de la Universidad de Sevilla.

Von Savigny, F. (1845). *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano.* Madrid: Biblioteca Virtual de la Universidad Complutense.

Capítulo segundo

Propiedad

SUMARIO: 1. Generalidades. **2.** Antecedentes. **2.1** Derecho romano. **2.2** Derecho local. **3.** Etimología. **4.** Concepto. **5.** Denominación. **6.** Definición. **7.** Características. **7.1** Derecho real. **7.2** Exclusiva. **7.3** Absoluta. **7.4** Inviolable. **7.5** Interés social **7.6** Perpetua. **7.7** Abstracción. **7.8** Elasticidad. **8.** Naturaleza jurídica **8.1** Derecho real. **8.2** Derecho subjetivo. **9.** Importancia. **10.** Elementos. **10.1** Sujeto. **10.1.1** Concebido. **10.1.2** Persona natural. **10.1.3** Persona jurídica. **10.1.4** Ente no personificado. **10.1.5** Formas de determinación del sujeto. **10.1.6** Formas de ser propietario en mérito del sujeto. **10.1.7** Capacidad y legitimidad. **10.2** Objeto. **10.2.1** Bienes que no pueden ser objeto de propiedad. **11.** Atributos. **11.1** Uso. **11.2** Disfrute. **11.3** Disposición. **11.3.1** *Ius abutendi.* **11.4** Reivindicación. **11.5** Facultades taxativas o enunciativas. **11.6** Otras facultades no tratadas *expressis verbis.* **12.** Derecho de propiedad y derecho a la propiedad. **12.1** Derecho de propiedad. **12.2** Derecho a la propiedad. **13.** Derechos. **13.1** Derecho a la posesión y derecho a poseer. **13.2** Derecho de cercar. **13.3** Derecho de deslinde y amojonamiento. **13.4** Derecho de cortar ramas y raíces invasoras del predio. **14**. Obligaciones. **15.** Adquisición. **15.1** Clasificación. **15.1.1** A título universal o a título singular. **15.1.2** Simples y complejos. **15.1.3** Acto *inter vivos o mortis causa.* **15.1.4** Oneroso o gratuito. **15.1.5** Originarios**. 15.1.5.1** Apropiación. **15.1.5.2** Especificación y mezcla. **15.1.5.3** Accesión. **15.1.5.4** Prescripción adquisitiva. **15.1.5.5** Otras formas. **15.1.6** Derivados. **15.1.6.1** Generalidades. **15.1.6.2** Sistemas. **16.** Extinción. **16.1** Adquisición del bien por otra persona. **16.2** Destrucción o pérdida total o consumo del bien. **16.3** Expropiación. **16.4** Abandono. **16.5** Otras formas de extinción no contempladas. **17.** Tipos. **18.** Principios que consolidan la propiedad. **18.1** Principio del uso de la propiedad en armonía con el interés social. **18.2** Principio de garantía y defensa de la propiedad como derecho. **18.3** Principio de libertad de enajenación. **18.3.1** Prohibiciones legales a la libertad de enajenación. **18.3.2** Limitaciones a la libertad de enajenación. **18.4** Principio de extensión material de la propiedad. **19.** Restricciones. **19.1** Restricciones legales. **19.1.1** Limitaciones por razón de vecindad. **19.1.2** *Ius usus innocui.* **19.1.3** Actos de inmisión. **19.1.4** Limitación por cuestiones ambientales. **19.1.5** Por abuso de derecho. **19.2.** Restricciones convencionales. **19.2.1** Pactos de restricción. **19.2.1.1** De disposición. **19.2.1.2** Total (disposición y demás). **19.2.1.3** Parcial (uso y disfrute). **19.3** Responsabilidad por razón de dominio. **20.** Desmembramiento de la propiedad. **21.** Inversión y derecho de propiedad. **22.** Regulación legal. **22.1** Constitución. **22.2** Código Civil. **22.3** Normas internacionales. Referencias.

1. Generalidades

La propiedad es parte de la vida del hombre.

Antes de ser propietario, el hombre poseyó. Tuvo las cosas de hecho, las aprehendió, las tomó como suyas. Con el tiempo, la relación de hecho se tornó de derecho; así surgió la propiedad, dándole seguridad al patrimonio, permitiendo una transferencia legítima y titularizada. Todos tienen algo; titulares son. No hay sujeto sin patrimonio (Messineo, 1971, p. 261): desde el más millonario, de sus riquezas; hasta el mendigo, de sus harapos. El poder de las cosas es tan necesario que hasta el más miserable tiene propiedad sobre alguna cosa (Gomes, 2012, p. 106).

Millonario y pobre tienen propiedad. Dentro del proyecto de vida de la persona está el generar un patrimonio, un caudal de bienes del cual es propietaria. Un sujeto sin bienes, aún conserva su patrimonio y este consiste en su aptitud para adquirir bienes, en el futuro; incluso el mismo hecho de vivir en la situación más paupérrima no le excluye de la tenencia de un patrimonio.

A decir de Pereira (1996, p. 70), la propiedad no solo la percibe el hombre de derecho o el hombre de negocios. Los menos cultivados, los espíritus más rudos y hasta los niños tienen noción innata y defienden la relación jurídica dominial; todos "sienten" el fenómeno de la propiedad. El derecho de propiedad es parte de la dimensión del sujeto como ser humano. El individuo, para su realización plena y creciente, tiende a poseer al menos un mínimo de bienes, a partir de los cuales crea una estructura de espacio vital, un círculo existencial-material que le permite el desenvolvimiento de su propia personalidad (Penteado, 2008, p. 180).

El estudio de la propiedad no se limita a lo jurídico. Tiene diversidad de matices, todos importantes, que permiten su análisis integral (filosófico, antropológico, económico, sociológico, político, religioso, entre tantos otros). Como dice Díez-Picazo (1986, p. 153) la propiedad es una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un periodo determinado sacuden a las naciones.

2. Antecedentes

La realidad de las cosas nos lleva a afirmar que no puede hablarse de propiedad sin detallar su evolución histórica.

La vida, así como la historia del hombre, gira en torno a la propiedad. Desde sus inicios, el ser humano se ha vinculado con los objetos. Como refieren De la Mata y Garzón (2014, p. 111), es un derecho natural que

hunde sus raíces en lo más primitivo de la civilización. La antropología no tiene conocimiento de sociedades que ignoraran el derecho de propiedad; más que una institución legal, la propiedad es natural; es inherente a cualquier ser humano el deseo por la seguridad que propicia la adquisición de bienes (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, pp. 163 y 164).

La posesión es la primera manifestación de la propiedad (Cuadros Villena, 1994, p. 280). Existe una prioridad histórica de la posesión sobre la propiedad y es que, cronológicamente, la propiedad comenzó por la posesión: la posesión es generadora de propiedad. Es, por antonomasia, su fuente generatriz. Como tal, es un derecho anterior a la propiedad, que es el *posterius*. Primero poseo, luego adquiero titularidad.

En su origen, la propiedad fue colectiva en todos los pueblos: la titularidad pertenecía a la tribu; probablemente, se fue complementando con la propiedad individual de los objetos de uso personal y los elementos de trabajo. La tierra, en un principio, habría sido cultivada en común, para luego atribuirse —temporalmente— a cada familia integrante de la tribu una porción que debía trabajar para subsistir (Mariani de Vidal, 2009, p. 264).

Entonces, en sus inicios, la propiedad fue colectiva (comunitaria, familiar), para luego derivarse en la propiedad individual o privada.

2.1 Derecho romano

Antejustineaneo

En el derecho romano arcaico, todos los derechos sobre las cosas conducían necesariamente a la propiedad; no se concebía una figura distinta (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 113). En sus inicios, los romanos no contaron con un término para designar este derecho, utilizando la frase *res mea est* (la cosa es mía) (Gatti, 1996, p. 8) o *meum esse ex iure Quiritium*.

Nos relata Gatti (p. 9) que, conforme evolucionó, se vinieron dando nuevos términos:

Mancipium.- El término más antiguo que utilizaron los romanos fue *mancipium*: *manus* (mano), *capere* (tomar), tomar con la mano; así, *mancipium* fue lo adquirido mediante la aprehensión por la fuerza.

Dominium.- Del latín *domo*, *as*, *are*; sujeto a algo. *Dominium*, perteneciente al poder que uno tiene sobre su casa. *Domus*: casa, hogar; *inus*: relativo a; más el sufijo *io*: relación. Es el primer término técnico que implica el dominio; aparece en la época de la jurisprudencia clásica; implica un poder, señorío, soberanía. Se dice que la propiedad es una potestad (*potestas atis*).

Se ha definido al *dominium* clásico como "el máximo derecho real o como la relación jurídica de pertenencia que confiere a la persona sobre la cosa, el señorío de contenido pleno y de carácter independiente por excelencia" (Betti, 1947, p. 371). Existe, pues, una subjetivación de la propiedad romana como derecho, *ius*, poder o señorío que pertenece plenamente a un sujeto: *dominium*.

Propietas.- Del latín *propietas*, de *propium*, lo que corresponde a una persona y que deriva de *prope*, proximidad o cercanía hacia una cosa. Con este término, utilizado en la época romano-helénica (orientalización del derecho romano), se apunta a la idea de pertenencia.

En el derecho justinianeo, tanto las *Institutas* como el *Digesto* utilizaron como sinónimos estos dos términos: *dominium* y *proprietas*.

En Roma existieron varios tipos de propiedad:

- *Quiritaria*. Correspondía a los ciudadanos romanos. Era la única que tenía validez. Para su adquisición se configuraban requisitos especiales.
- *Bonitaria*. Llamada *pretoriana*, fue reconocida por el *ius honorarium* y protegida por medios procesales a través de la intervención del pretor.
- *Provincial*. El Estado romano, como propietario del suelo (*ager publicus*), concedía su utilización o disfrute mediante el pago de impuestos anual.
- *Peregrina*. Correspondía a los extranjeros en Roma. Regulada por el derecho de gentes.

En la legislación hebrea —como rescata y puntualiza Arce y Cervantes (2012, p. 41)—, alrededor del siglo XVI antes de Cristo se tenía promulgado por el mismo Dios un decálogo[1] que contenía, entre sus disposiciones, dos referidas a la propiedad:

- VII. No hurtarás.
- X. No codiciarás la cosa de tu prójimo.

2.2 Derecho local

El Código Civil del 52 consideró que "la propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer de las cosas" (art. 460). Por su parte, el Código del 36

1 Sagradas Escrituras. Éxodo, 20, 14 y 17.

prescribía que "el propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley" (art. 850). El Código del 52 dio preferencia, como facultades, a los términos *goza* y *disponer*; el Código del 36, a *poseer*; mientras que el Código del 84 prefirió el término *usar*.

Desde sus orígenes, la propiedad —como derecho y relación— ha variado. Nuestro ordenamiento jurídico apenas va a cumplir doscientos años y, obviamente, la regulación de la propiedad ha ido cambiando en el tiempo (Mejorada, 2016). Evoluciona acorde con los requerimientos del hombre y la multiplicidad de relaciones socioeconómicas. La propiedad se ha ido moldeando a las necesidades del hombre; su evolución ha ido de la mano con los mecanismos de protección legal.

3. Etimología

Del latín *proprietas*, compuesto por:

- Prefijo *pro,* que equivale a "movimiento hacia delante"
- Adjetivo *privus,* que significa "de uno solo"
- Sufijo *tas,* que indica "cualidad"

Significa lo que es propio de alguna cosa: *quod alicuius rei proprium est* (Moccia, 2015, p. 120).

4. Concepto

La propiedad es el señorío de derecho. Es la base y el pilar del sistema jurídico.

Debemos partir, junto con Peñailillo (2014, p. 75), diciendo que —por su naturaleza y trascendencia— no hay unanimidad en sus concepciones fundamentales; la literatura es abundante y difundida; los postulados jurídicos se vinculan y confunden con los económicos, sociológicos, políticos; terminando la discusión en concepciones filosóficas y religiosas. Además de ello, debe reconocerse que el concepto propiedad depende de varios contextos históricos y de vicisitudes por las que ha pasado (Lôbo, 2015, p. 84).

Gomes (2012, p. 103) nos dice que su conceptualización puede ser hecha con base en tres criterios: *sintético* (sumisión de una persona con una cosa), *analítico* (usar, disfrutar y disponer) y *descriptivo* (derecho complejo, absoluto, perpetuo y exclusivo).

Para el *Diccionario de la lengua española*[2], *propiedad* significa "1. f. Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales".

Es el derecho real por excelencia y antonomasia. El primer derecho patrimonial de la persona. Aquel respecto del cual giran, gravitan, el resto de derechos reales. La propiedad es el centro de irradiación de la teoría de los derechos reales, como dice Pereira (1996, p. 70). Es el tipo fundamental o dominante de los derechos reales (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 81).

Los Mazeaud (1994, vol. 12, t. II, p. 4) dicen que la propiedad es el derecho real más importante porque es el más completo y extendido. Es el principal derecho real, originario y por excelencia; el primero de todos y el más extenso, el *summun ius reale*: prototipo y paradigma dentro del derecho de las cosas. Es amplio, libre e ilimitado. A través de él se consagra una protección perfecta y definitiva; es, básicamente, un derecho real pleno o tipo (Rojina Villegas, 2012, p. 126). Todos los demás derechos reales giran en torno a la propiedad, están subordinados a ella y solo pueden surgir en cosas que tengan dueño.

Dice Texeira de Freitas, como precisa Gatti (1996, p. 19), que "la idea de la propiedad es amplia y abraza así a los derechos reales como los personales que hacen parte de nuestro patrimonio".

La propiedad es un instituto insertado en un determinado contexto histórico y cultural (*embedded institution*), impregnado de valores, convicciones y expectativas que lo han convertido en un producto social (*social construction*) (Moccia, 2015, p. 113). Se fundamenta en lo económico y social; más que su contenido individual, debe considerarse su trascendencia.

La propiedad, a decir de Penteado (2008, p. 152), es una palabra que designa en derecho a un concepto que resume una esencia; se trata de la idea y de la relación de pertenencia de un derecho a un sujeto. De allí, como refiere el mismo autor, que se hable de la propiedad como:

- Cosa
- Derecho de autoría
- Derecho real pleno
- Cualquier derecho real
- Titularidad de un derecho
- Cualquier derecho patrimonial

2 <www.rae.es>, consultado el 5 de marzo del 2016.

5. Denominación

La doctrina no es uniforme en su *nomen*.

La doctrina la llama *dominio*; la contemporánea, *propiedad*.

Derecho de propiedad. *Sachenrecht* o *Eigentum* (Alemania); *propriété* (Francia); *propriedade* (Portugal); *propietà* (Italia); *ownership* o *property* (*common law*).

Existe discusión en cuanto a si los términos *dominio* y *propiedad* son sinónimos, y, en el supuesto de que no lo sean, no hay acuerdo tampoco sobre cuál es el genérico y cuál es el específico (Gatti, 1996, p. 7). Como refiere Peñailillo (2014, p. 76, nota 81), hay que reservar el término *propiedad* para toda clase de derechos susceptibles de apropiación (propiedad intelectual, créditos) y *dominio* para las cosas corporales en las que concibe un poderío tangible. Otros dan un contenido subjetivo al *dominio* (poder del sujeto) y objetivo a la *propiedad* (pertenencia de la cosa al sujeto).

Para González Linares (2012, p. 324) y Maisch von Humboldt (1984, p. 49), propiedad es el *genus*, y dominio, la *spes*. Entre propiedad y dominio existe la relación de género a especie (Molinario, 1965, p. 125). De lo que vemos, siguiendo a Penteado (2008, p. 166), la legislación prefiere el término *propiedad*, mientras que los civilistas, en sus teorías, prefieren el *dominio* como institución.

Hoy se habla no en sentido singular, sino plural: propiedades. No solo por la diversidad de contenido, sino por los diversos bienes —tangibles o intangibles— sobre los que se puede ejercer este derecho (Gutiérrez Camacho, 2007a, p. 141).

La doctrina clásica propuso que el dominio es el poder; la propiedad, la relación de pertenencia con la cosa. El dominio es un concepto técnico-jurídico; la propiedad, un concepto económico-jurídico (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 88). El primero es subjetivo, indirecto y estático, se vincula con el tener y la titularidad: *contar* el derecho; el segundo es objetivo, directo y dinámico, se vincula con el ejercer y la funcionalidad: *tener* la cosa.

Si concebimos al derecho de propiedad como el género —identificable con todo derecho subjetivo incorporado al patrimonio—, el dominio sería el derecho de propiedad sobre las cosas, que brinda la mayor cantidad de facultades que un derecho puede otorgar sobre las mismas, concretadas en los tres *ius* del derecho romano: *utendi* (derecho de uso), *fruendi* (derecho de goce) y *abutendi* (derecho de disposición) (Mariani de Vidal, 2009, p. 278).

Así, la mayoría de autores están de acuerdo en asignar a la palabra *propiedad* un sentido más amplio, reservando para el *dominio* el estricto

sentido de derecho real que recae sobre las cosas. El dominio es propiedad de cosas, al decir de Freitas (Musto, 2000, p. 335).

El Código de Vélez la llamó *dominio*; el nuevo Código argentino también.

En términos genéricos, la palabra *propiedad* es utilizada de múltiples formas para referenciar situaciones jurídicas diversas. Como indica Ternera Barrios (2015, p. 45, nota 2), dicha palabra adquiere proporciones *mágicas* cuyas referencias semánticas serían infinitas; algo así como la expresión *Tû Tû*, presentada por Alf Ross[3], que identifica aquellas palabras desprovistas de significado, sin referencias semánticas, tan amplias que se utilizan en múltiples situaciones.

6. Definición

Definir la propiedad no es tarea fácil, depende del análisis que quiera dársele, frente a lo cual Avendaño Valdez (2015, p. 282) dice con acierto que "la propiedad puede ser estudiada desde variados puntos de vista: económico, social, sociológico, histórico, político y también jurídico".

Según González Linares (2012), "es el derecho real por antonomasia que tiene por objeto los bienes de contenido económico y de proyección social, y que confiere al titular los poderes materiales de usar, gozar, los jurídicos de disponer y reivindicar el bien, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes" (p. 332).

Dice Vieira (2008, pp. 664 y 665) que la propiedad puede ser definida de la siguiente manera:

- *Teoría del señorío*: aspecto de disponibilidad de la cosa por el propietario.
- *Teoría de la personalidad*: relación de pertenencia entre un sujeto y una cosa.
- *Teoría de la pertenencia*: la propiedad consiste en una relación de pertenencia entre una persona y una cosa.

Para Gama (2001, p. 204), es la situación jurídica subjetiva compuesta por una serie de poderes, facultades, cargas, deberes y obligaciones que componen una relación jurídica compleja, caracterizada por la perpetuidad y la exclusividad. Se tiene como objeto una cosa que debe ser usada, disfrutada y dispuesta por el propietario en atención a los intereses individuales,

3 Título de un libro suyo, publicado en Buenos Aires en 1976 por la editorial Abeledo-Perrot.

de manera compatible con los intereses de los no propietarios, colectivos, sociales y difusos.

A decir de Morales Hervias (2012), la definición de propiedad es compleja: "se refiere a la descripción de conductas permitidas al propietario, las que no puede realizar y las que debe realizar" (p. 93).

7. Características

La propiedad presenta las siguientes características:

7.1 Derecho real

Ius in re propria.

Es el principal derecho real frente a los demás.

Es el derecho real por excelencia. El más completo y amplio de todos, *plena in re potesta*, el señorío total sobre la cosa que se vincula con la plenitud de la propiedad o principio de la universalidad del que nos habla Valencia Zea (2012, p. 152).

La propiedad es un derecho real típico, el primero de todos, aunque cronológicamente, como hemos indicado, primero surgió la posesión. La propiedad se vincula con la posesión como *factum*. La posesión es el contenido económico de la propiedad (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 88); es lo que permite el pleno ejercicio de sus facultades.

7.2 Exclusiva

También denominada *excluyente*.

Dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa (Mariani de Vidal, 2009, p. 298).

Esta característica se da en razón de que un bien solo puede pertenecer exclusiva y simultáneamente a una sola persona. Los terceros no pueden ejercer dominios que no les corresponden. Como decía Ulpiano:

- *Duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest* (La propiedad exclusiva no puede ser en dos personas).
- *Res in solidum non potest habere duos dominos* (Una cosa en su totalidad no puede pertenecer a dos dueños).

La propiedad de un bien es de una sola persona, no puede pertenecer a más de uno; en todo caso, cuando es de varios, le corresponde a cada cual una parte alícuota, dado que no pueden identificar de forma material su derecho sobre el objeto; todo no puede pertenecer a uno. El artículo 2508 del Código de Vélez establecía: "El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarios en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener".

En tal sentido, el bien corresponde al *domine*, salvo en el caso de la copropiedad, aunque, como dicen Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 193), por el estado de indivisión del bien, cada uno de los propietarios detiene una fracción ideal del todo. La propiedad es exclusiva; *a contrario sensu* será otro derecho real. Es un derecho único del titular respecto a la cosa.

Peñailillo (2014) aclara que:

> La comunidad indivisa no constituye la excepción a esta característica; en ella varias personas son sujetas del mismo y único derecho de propiedad; el conjunto tiene, privativamente a los demás, el derecho de propiedad de la cosa en su totalidad y, entre ellas, la parte que pertenece a cada uno proindiviso. (p. 129, nota 149)

El propietario tiene el máximo goce del bien; ningún otro sujeto respecto de un bien tiene tantas facultades como el propietario; quien tiene el dominio de una cosa, no puede tener otro derecho real sobre la misma. *Nemine res sua servit* (A nadie le presta servidumbre su propia cosa), como lo enunció el derecho romano (Gatti, 1996, p. 73).

Una forma de concretar esta característica, a decir de Peñailillo (2014, p. 129), es la facultad de excluir, *i. e.*, el poder que tiene el dueño de impedir que terceros usen, disfruten o dispongan de su bien *ius excluendi alios* (derecho de excluir a otros). Así las cosas, los derechos reales permiten a su titular no ser mortificado por nadie; de allí que se diga que son excluyentes. El titular está investido del derecho de exclusión de terceros sobre el respectivo derecho o sobre sus distintas formas de uso o explotación. Es el contenido negativo de la propiedad.

La regla es que el propietario sea quien use el bien (núcleo positivo) y pueda excluir a terceros del contacto con aquel (núcleo negativo); la excepción es que el tercero se beneficie de un bien que no es suyo o pueda entrar en contacto con él.

Como menciona Peñailillo (2014, p. 150), con base en el interés social del dominio, las excepciones al carácter de exclusivo son tres:

- El derecho de uso inocuo: obtener provecho de una cosa ajena sin afectarla.
- El derecho de acceso forzoso (o coactivo): derecho de paso transitorio a una propiedad ajena.
- El principio de un mal menor: se puede aprovechar de una cosa ajena para salvar un bien de mayor valor que el daño que pueda causar un peligro inminente.

Es exclusivo, no *in toto*. De la propiedad se derivan otros derechos (usufructo, uso, habitación y otros de garantías) o se desmembran de ella (derechos reales relativos o limitados). Sin propiedad, estos no pueden existir. Solo el derecho de propiedad confiere esta característica de exclusividad; los demás derechos reales suponen, por lo menos, la concurrencia del derecho de propiedad. Cualquier derecho real menor coexiste tendencialmente con la propiedad, pero esta puede existir sin la concurrencia de cualquier otro derecho real (Vieira, 2008, p. 662).

7.3 Absoluta

Algunos la llaman *ilimitada*, *indeterminada* o *soberana*.

Esta característica no debe ser entendida en el sentido literal de la palabra —absoluto—, sino como aquello que permite:

- *Un señorío pleno sobre el bien*

El titular goza de "todos" los atributos sobre el bien, el *summum facultatis*: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, lo que hace de la propiedad un derecho pleno, a diferencia de los derechos reales desmembrados, en los que se ejerce solo un señorío parcial sobre la cosa.

La propiedad otorga al titular el mayor número posible de facultades (Musto, 2000, p. 388). La propiedad es el único derecho real que atribuye al titular todas las facultades sobre el bien (*summum in re potestas*); ningún otro derecho real es igual a este. El resto son limitados o relativos en cuanto a las facultades que confieren.

Todos los demás derechos reales, como diría Avendaño (2015, p. 283), son en realidad parte del derecho de propiedad y confieren solamente algunos atributos. La propiedad concede la plenitud de facultades sobre la cosa; la posesión solo es el ejercicio de algunos poderes; las desmembraciones del dominio (usufructo, uso y habitación) tienen solo algunos atributos de la propiedad; mientras que las servidumbres son meros actos del predio ajeno, como refiere el mismo autor (1997, p. 95).

El carácter absoluto está en relación con que se trata del derecho real de contenido más amplio y completo; es el derecho real mayor. En caso (hipotético) de suprimirse la propiedad, el usufructo pasaría a ser el derecho real de contenido más amplio. Es más, cuando se somete un bien a usufructo, se dice que la propiedad se transforma en un derecho vacuo, vacío; de allí que se le denomine *nudo propietario*, propietario desnudo, a quien cede un bien en usufructo; también, a causa de ello, al usufructo se le llama *dominio imperfecto o desmembrado*.

Sin embargo, el carácter absoluto no hace de la propiedad un derecho irrestricto. Ya no rige el criterio que identificaba al propietario como el gran y único decisor de los destinos de su bien (individualismo). Hoy, lo que prima es el interés de la comunidad (función social de la propiedad).

- *Lo absoluto determina su carácter erga omnes (oponible a terceros) y el ius persequendi (perseguir el bien dónde y con quién esté).*

Es un derecho oponible a terceros.

Todos deben respetar la propiedad, y al propietario le corresponde accionar la defensa de sus intereses.

Contiene un aspecto personal, de relación del sujeto con el objeto, lo cual permite ejercer el *ius prohibiendi*, limitando que terceros ejerzan sobre la cosa actos no deseados por el titular.

Sin embargo, también se argumenta que la propiedad es un derecho relativo, igual que el resto de derechos. La propiedad puede limitarse (contenido negativo), por ejemplo, a través del:

– *Interés social*.- Frente a esto, hay quienes sostienen que se trata de un derecho limitado o restringido, subordinado siempre al interés social (art. 923).

– *Abuso del derecho*.- El derecho de propiedad debe ser usado midiendo el derecho de los demás; es lo que se conoce como el *principio de normalidad del ejercicio de los derechos*. Se descarta el carácter arbitrario y autoritario de la propiedad (art. 924).

Gutiérrez (2007a, p. 142) nos dice que la propiedad, como cualquier otro derecho, no puede ser absoluta, estando sujeta a innumerables limitaciones desde su nacimiento y en su ejercicio. Debemos deslindar el antiguo concepto de lo absoluto, consagrado en la Revolución Francesa, que hacía de la propiedad un derecho natural, inviolable y sagrado, sin más reserva que la del poder del Estado de expropiar (Alzamora Valdez, 2004, p. 102). Actualmente, a la luz del principio de solidaridad, esta facultad se ha

apaciguado en el *Code*[4]. No existen propiedades ilimitadas; esa visión típica del individualismo liberal del siglo XIX está superada (Vieira, 2008, p. 660).

7.4 Inviolable

El derecho de propiedad es inviolable (art. 70 de la Constitución).

Ergo, la propiedad no puede ser quebrantada, vulnerada o infringida en sus aspectos de uso, goce y disposición (García Toma, 1998, t II, p. 133). Su inviolabilidad es para todos: Estado, terceros o acreedores, constituyéndose así en una garantía de indemnidad (Gonzales Barrón, agosto del 2015, p. 3).

Entonces, dicha inviolabilidad significa que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla, pues de hacerlo se configuraría una anulación o alteración del derecho de propiedad.

La norma constitucional sobre la inviolabilidad de la propiedad coordina con la que exige indemnización en caso de expropiación, proyectando un principio general de nuestro derecho constitucional (Seconda, abril del 2013, p. 63), según el cual, cuando un derecho patrimonial cede por razón del interés público o general frente al Estado o se sufre daño por la actividad de este o de los particulares, el daño debe ser indemnizado, y ello tanto si la actividad que los produce es ilícita o ilegítima como si es lo contrario (Seconda, abril del 2013, p. 63).

En síntesis, la propiedad se presume libre; cualquier derecho real o personal que constriñe la propiedad debe ser probado, y en su contenido, duración y ejercicio se presume de la forma y el modo menos gravoso para la propiedad (Álvarez Caperochipi, 1986, p. 40).

7.5 Interés social

Conocido también como *función social*.

Tiene como sustento la teoría social (san Agustín, santo Tomás).

La doctrina civil, sobre todo la corriente argentina, suele convenir en que León Duguit[5] (Francia, 1859-1928) es el fundador de la teoría de la función social de la propiedad.

---

4 Código Civil francés. Artículo 544.- La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

5 En su obra *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (2.ª ed., corregida y aumentada), publicada en Madrid, en 1920, por Librería española y extranjera de Francisco Beltrán.

Bien considera Borda (2008, p. 217) que este fue uno de los temas dominantes en el siglo XX, pues la propiedad tiene una función social que la legitima y dignifica, donde el tema es la conciliación de los derechos del dueño con los de la sociedad. Esta característica fue reconocida por la Constitución de Weimar (1919) y por la encíclica *Populorum progressio* del papa Pablo VI (1967).

Debe determinarse el papel, el uso y la utilidad de la propiedad. Es el fin de la propiedad, lo que se conoce también como *funcionalización*.

La propiedad es entendida al servicio de la sociedad, un *munus publicus*, una forma de hipoteca social, como lo entendió la doctrina social *Gaudium et spes*. Más que un derecho individual, es una obligación social; de allí que se diga, de forma práctica, que la propiedad es un derecho, pero también es un deber (Lôbo, 2015, p. 105). La función social de la propiedad es el "condicionamiento finalístico, cuya teleología es dada por el orden económico y social, y por la tutela del medio ambiente y el patrimonio histórico y artístico" (Gomes, 2012, p. 104).

La propiedad "tiene" y "cumple" una función social: esto es, no es un derecho que pueda construirse como si estuviera en juego solamente el interés de un individuo propietario, como si la única "ley" que rige la utilización de los bienes fuera el bienestar del propietario. En suma, no es —como acostumbra a decirse— un derecho "egoísta".

El artículo 42 de la Constitución política italiana de 1947 disponía: "La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determinará los modos de adquisición, de disfrute y sus límites, con el fin de asegurar una función social y de hacerla accesible para todos". Por su parte, el artículo 14 de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania establecía: "La propiedad obliga. El uso de la propiedad debe contribuir al bien de la colectividad".

La función social, a criterio de Penteado (2008, p. 216), es una cláusula general que afecta a las situaciones jurídicas del derecho de las cosas, imponiendo a su titular un deber de actuar: i) *de modo general*: usar el bien con fines transindividuales (medio ambiente, patrimonio cultural o histórico); y ii) *de modo específico*: cuando el titular de bienes de producción, optimizando su capacidad generadora, comparte los beneficios del bien con la colectividad.

La sociedad y los ciudadanos, en general, no pueden ser pasibles de conductas egoístas del propietario; de allí que se tipifiquen ciertas conductas como el acaparamiento, la especulación, la adulteración (arts. 233 al 236 del Código Penal).

7.6 Perpetua

Semel dominus, semper dominus (Una vez dueño, siempre dueño).

A diferencia de la vida del hombre, la propiedad no es temporal; su duración es ilimitada: se goza *in limine tempore*, *per saecula saeculorum*. Muerto el *dominus*, la propiedad se transfiere *mortis causae* e *ipso iure*, por la vía sucesoria, a los herederos —*principio de siasine* (art. 660)—; la herencia perpetúa la propiedad. La vigencia de la propiedad depende de la existencia del bien, no de la vida del *dominus*.

Como derecho real principal, la propiedad es imperecedera, perenne, eterna. "El dominio perfecto no reconoce limitación en el tiempo" (Rojina Villegas, 2012, p. 263). "La propiedad es perpetua porque la cosa le pertenece a su titular indefinidamente, salvo que él mismo, en ejercicio de su facultad de disposición, decida deshacerse de ella o que un tercero, ante la falta de uso, la adquiera" (Morales Acosta, 1994, p. 34). Cambian los titulares, pero la cosa permanece y el derecho de propiedad, como tal, conserva su naturaleza jurídica.

Nos dicen Velásquez Jaramillo (2014, p. 204) y Peñailillo (2014, p. 131) que la propiedad debe entenderse en dos sentidos: dura tanto como dure la cosa y no se extingue por el transcurso del tiempo ni por el no uso.

La perpetuidad, como indica Gatti (1996, p. 77 y ss.), tiene dos connotaciones:

- *Ilimitación en el tiempo*: no tiene límite temporal, subsiste indefinidamente en tanto no se extinga la cosa.
- *Inextinguibilidad por el no uso*: lo cual es característico de los derechos reales de la cosa propia, a diferencia de los derechos reales de la cosa ajena, que se extinguen por el no uso. La excepción a esta característica es la *usucapio*, que implica la pérdida del dominio por el transcurso del tiempo cuando el bien es poseído por un tercero.

Por regla, a decir de Avendaño Valdez (2012, p. 111), la propiedad no se pierde por el no uso, lo cual hace que la prescripción adquisitiva no afecte la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible (art. 927); pero la excepción es que la propiedad y su relación con el tiempo solo se pierde por el abandono o no uso (inc. 4 del art. 968) y por la prescripción adquisitiva —paso del tiempo— (art. 950).

Bien dice Maisch von Humboldt (1984, p. 46) que, conjugado con la perpetuidad de la propiedad, se encuentra el plazo de prescripción más extenso, el decenal, como forma originaria de adquirirla. La propiedad se

extiende en el tiempo tomando como base la transferencia *mortis causae* (art. 660) y la imprescriptibilidad de la acción de reivindicación (art. 927). A la luz de lo expuesto, la acción reivindicatoria es imprescriptible, justamente por el carácter perpetuo de la propiedad. En caso de que el bien se adquiera por *usucapio* —transmisión de propiedad—, el propietario originario, al ser el anterior y no actual, carece de la acción de reivindicación (art. 927).

A este carácter no se opone el hecho de que, si otro comienza a poseer la cosa que el propietario no usa y lo hace durante el término requerido para la usucapión, el dominio se extinguirá, pero ello no se deberá al no uso, sino porque otro lo adquirirá por el juego de una institución distinta: la prescripción adquisitiva (Mariani de Vidal, 2009, p. 300).

Una persona puede dejar de poseer la cosa por muy largo tiempo —incluso un plazo mayor del necesario para la prescripción—, sea por su voluntad, por imposibilidad o contra su voluntad; pero en tanto otra persona no la haya adquirido por prescripción, seguirá siendo propietario (Musto, 2000, p. 391).

El Código de Vélez establecía en su artículo 2510:

> El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción.

Finalmente, por excepción, la propiedad es revocable, y ello se configura cuando, en el título de constitución, por su propia naturaleza o por la voluntad del agente o de las partes, se pacta una condición resolutoria. Además de los casos de pacto de retroventa, ello determina que la propiedad sea resoluble (Gomes, 2012, p. 109).

Solo en algunos casos la propiedad es temporal, como el derecho de autor, que dura hasta setenta años contados desde el fallecimiento del autor[6].

7.7 Abstracción

En razón de que el poder del titular es independiente de las facultades que integran su contenido, puede extraerse una facultad sin que la propiedad se desnaturalice (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 133).

---

6 Artículos 52 a 56 del D. Leg. 822, Ley sobre el derecho de autor, DOEP, 24 de abril del 1996.

7.8 Elasticidad

Expandible o plástica.

La propiedad confiere el atributo de elasticidad, dentro de un contenido que se expande entre el mínimo y el máximo (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 172).

Elástica, a partir de su vocación de plenitud, la propiedad tiene el poder de contraerse y expandirse al concurrir con otros derechos reales de inferior jerarquía (Peñailillo Arévalo, 2014, pp. 133 y 134), sin que ello afecte la calidad de propietario.

Por citar un caso, el usufructo la contrae. El usufructuario adquiere las facultades de uso y disfrute, y el propietario pasa a ser un nudo propietario (desnudo); luego, cuando se extingue el usufructo, la propiedad se expande, regresando el uso y disfrute al propietario (vestido). Al cesar el derecho real de disfrute sobre la propiedad, esta (re)adquiere su dimensión original, su plenitud, el dominio completo —*alodialidad*— pasa a ser, nuevamente, una propiedad plena con todos sus atributos.

Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005, p. 86) suponen la posibilidad de variar el contenido del derecho y su posterior recuperación volviendo al contenido original. La propiedad puede ensancharse o reducirse al mínimo sin que llegue a destruirse totalmente (Arce y Cervantes, 2012, p. 51).

El derecho real pleno goza de la prerrogativa de expansión máxima sobre la cosa, *el límite que el derecho puede tener sobre la cosa es el físico* (Penteado, 2008, p. 187). Vieira (2008, p. 668) aclara que la elasticidad no es una característica exclusiva de la propiedad; existe igualmente en otros derechos reales menores.

La propiedad puede expandirse y luego reducirse, regresando a su estado originario; *v. g.*, entrego en uso un bien (limitándolo) y luego, al cese de la relación, recupero las facultades (plenas).

8. Naturaleza jurídica

La propiedad es un derecho natural del hombre; a todos nos viene bien que con la propiedad privada se nos garantice el ejercicio pacífico y ordenado de usar los bienes (Arce y Cervantes, 2012, p. 42). Como tal, la propiedad corresponde a todo sujeto.

Es un derecho que relaciona al sujeto con un objeto sobre el cual tiene una titularidad. Al existir esta relación sujeto-objeto, relación material con

la cosa, se presenta como un derecho patrimonial. En definitiva, la propiedad es todo aquello que conforma el patrimonio de una persona y que es susceptible de apreciación económica[7].

La doctrina asume varias posiciones sobre el particular:

8.1 Derecho real

Es un típico derecho real.

El más importante de todos, del cual se derivan los demás. Es un derecho real mayor.

8.2 Derecho subjetivo

Con base en su función social, la propiedad es un derecho subjetivo.

En sus inicios, el derecho de propiedad fue identificado, dentro de la teoría general del derecho, como un derecho subjetivo modelo, espina dorsal del derecho privado y concepto central del derecho civil (Gama, 2001, p. 200).

Es un derecho fundamental perfectamente protegido. Como lo indica la Constitución Política (inc. 16 del art.2), acorde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 17), toda persona tiene derecho a la propiedad.

El término *propiedad* en la Constitución es más amplio que el utilizado en el Código Civil (Vieira, 2008, p. 657). Refiere Avendaño Valdez (2008, p. 372) que la protección constitucional de la propiedad se extiende o comprende a todos los derechos patrimoniales; ensancha, así, los márgenes de la propiedad, extendiéndolos al usufructo, superficie, copropiedad y crédito. Todos estos derechos constituyen propiedad en sentido constitucional. De esta manera, lo que protege la Constitución es la titularidad que recae sobre la masa patrimonial. *Ut vulgum dicitur*, la propiedad es todo el patrimonio de una persona, todo aquello que tiene valor y puede ser apreciado económicamente[8].

Propiedad, constitucionalmente hablando, es la titularidad de un derecho patrimonial; civilmente, la propiedad es un derecho real, el más amplio y pleno de todos, el de mayor extensión. En reiterada jurisprudencia,

---

7 Exp. 00008-2003-AI/TC (fs. 26), del 11 de noviembre del 2003.

8 En esta línea extensa de tratamiento de la propiedad puede revisarse la sentencia de Tribunal Constitucional. Exp. 008-2003-AI/TC.

nuestro Tribunal Constitucional ha determinado el contenido del derecho a la propiedad como derecho pleno e irrevocable[9].

9. Importancia

Es el núcleo esencial del derecho civil y del ordenamiento jurídico en general (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 139).

La propiedad genera estabilidad y seguridad jurídica, permitiendo una sana convivencia entre los hombres, identificando y protegiendo los bienes de cada cual y de cada quien.

Persona, familia y propiedad han sido materia de constante preocupación social (Engels, 1988), y fueron tomadas por el derecho, prácticamente desde sus orígenes, como las principales categorías jurídicas. Así, como dice Gama (2001, p. 3), acompañada del contrato y la familia, la propiedad integra el sustento de las relaciones jurídicas bajo la perspectiva del derecho civil tradicional vinculada a la perspectiva burguesa liberal. El movimiento de codificación en el ámbito del derecho civil, en el periodo áureo de los siglos XVII y XIX, fue marcado por la preocupación de dos institutos que fundamentan el sistema económico y social de un país: contrato y propiedad (Gama, 2001, p. 199).

Téngase en cuenta que los romanos construyeron una sociedad en torno a la religión, la familia y la propiedad, todo ello ligado a la *domus*. La familia presupone la preexistencia de propiedad privada y la exige para la existencia misma, así como para la subsistencia y educación de los hijos, incluso para el caso de la muerte del padre (herencia para los descendientes) (Arce y Cervantes, 2012, p. 49).

En el contexto del derecho civil, la propiedad es el derecho real principal, esencial, básico y originario, en torno al cual se construye la mayor parte de la economía de un país (Serrano Alonso y Serrano Gómez, 2005, p. 26) y del cual derivan los demás derechos reales (derechos de desmembramiento). La propiedad es *ius in re propria*; los demás derechos reales, *ius in re aliena*. No depende de ningún derecho real, situación que sí sucede con el resto de derechos reales, que dependen de la propiedad.

Para Díez-Picazo (1986, p. 67), la propiedad es el prototipo y paradigma de los derechos reales; el más importante porque es el más completo (Avendaño Valdez, 2015, p. 282) y el más extendido (Mazeaud, Mazeaud

9 Sentencias del Tribunal Constitucional 0048-2004-AI/TC, 5614-2007-PA/TC y 7130-2006-PA/TC.

y Chabas, 1994, p. 4). Es el mayor derecho real; el resto son menores. Un derecho real paradigmático, a decir de Oliveira Ascensão (Vieira, 2008, p. 206). Para González Linares (2012, p. 319), es el centro medular del derecho privado patrimonial, su columna vertebral (p. 326).

García Toma (1998, t. II, p. 104) considera que la propiedad "comprende todos los intereses que una persona puede tener fuera de sí misma, de su vida y su libertad. En puridad, ampara todo aquello que constituye el patrimonio". Para el hombre la propiedad tiene el valioso significado de servir de fundamento de su libertad (González Linares, 2012, p. 332), es parte de su proyecto de vida. Pero la propiedad va variando con el tiempo, va adquiriendo nuevos conceptos. Antiguamente, se adquiría para usar; hoy se adquiere, además, para disfrutar —para sacarle un provecho—, y es que el valor de la propiedad se mide de acuerdo con el beneficio que puedo obtener de ella; ya no solo por el uso directo que puedo darle.

Moccia (2015, p. 107) se adelanta a decir que la propiedad está perdiendo sentido y que, incluso, le deviene una muerte inminente, "víctima paradójicamente de sí misma, o, más concretamente, del modelo capitalista que le sirve de base": cada vez se comparten más las cosas; en todo caso, se prefiere usar los bienes sin ser propietario de ellos, de allí que la multipropiedad o propiedad compartida sea una nueva forma de tener bienes.

La utilidad de la propiedad para su titular es el elemento común que identifica las diferenciadas exteriorizaciones del fenómeno de este derecho real; así, la propiedad dividida (multipropiedad), la propiedad superpuesta (superficie) y la propiedad yuxtapuesta (copropiedad) son las graduaciones entre los variados perfiles que la diferencian de otros derechos reales (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 172).

10. Elementos

Los elementos que componen la propiedad son el sujeto y el objeto.

10.1 Sujeto

Es el titular del derecho real.

Llamado *propietario*, *due*ño o *titular*. Es el *dominus*.

Cualquier sujeto de derecho puede ser propietario: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y el ente no personificado.

10.1.1 Concebido

El concebido tiene plena titularidad de dominio respecto de una cosa.

Hay quienes sostienen que debe nacer con vida para que se le adjudique el bien, a pesar de que ya cuenta con un derecho sobre este (ver Varsi Rospigliosi, 2014, p. 175).

10.1.2 Persona natural

Esta puede ser:

- Capaz
- Incapaz
  - Mayor de edad, representado por un curador
  - Menor de edad, representado por los padres o un tutor
- Nacional
- Desaparecida o ausente
- Soltero, casado, viudo, separado o divorciado
- Extranjero (con las limitaciones de ley: art. 71[10] de la Constitución)

10.1.3 Persona jurídica

Las personas jurídicas públicas o privadas pueden ser propietarias; es más, hoy podría decirse que las personas jurídicas —sociedades, empresas, corporaciones— cuentan con los más grandes patrimonios.

---

10 El segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución Política del Perú dispone: "dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido".
La norma agrega: "Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley". Es el caso del D. S. 001-2017-RE (DOEP, 24 de enero del 2017), que establece la posibilidad de la adquisición de inmuebles para consulados y establecimientos de organizaciones y organismos internacionales dentro de los cincuenta kilómetros adyacentes a las fronteras.

10.1.4 Ente no personificado

Este no puede tener un patrimonio individualizado a su nombre, sino que operaría una copropiedad del bien en relación con los integrantes, lo que el Código llama *fondo común* (arts. 125 y 126). Al no existir una individualidad jurídicamente reconocida —un nuevo sujeto de derecho—, no existe ni puede determinarse un patrimonio, sino solo un fondo común que termina siendo, en partes, de cada uno de sus integrantes: una suerte de patrimonio imperfecto (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 298).

10.1.5 Formas de determinación del sujeto

Para Díez-Picazo (1986, p. 108), el sujeto puede ser determinado de una forma *directa*, que es la primera y más clara individualización (Ticio es propietario del fundo), y de una forma *indirecta*, donde no se menciona la titularidad en todo momento, sino solo al inicio (será titular quien ostente a mi muerte el cargo de procurador público). En este caso, la determinación del sujeto se produce con su individualización (casos sujetos a condición).

El sujeto puede ser:

- Sujeto activo determinado (el propietario)
- Sujeto pasivo
  - Indeterminado (la colectividad, los terceros)
  - Determinado (el anterior propietario)

Algunos autores niegan la actividad o pasividad en el derecho de propiedad (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 115).

10.1.6 Formas de ser propietario en mérito del sujeto

La propiedad en mérito del sujeto puede presentarse de las siguientes formas:

- Exclusiva: singular (un solo sujeto), propiedad unitaria. Individualidad
- Múltiple: copropiedad (varios sujetos), propiedad comunitaria. Pluralidad

Así, en relación con la cantidad de titulares, la propiedad puede ser:

Propiedad exclusiva	Un titular	Plena	Ejerce todas las facultades: art. 923
		Parcial	Pueden restringirse facultades: art. 925
Copropiedad	Más de un titular Con una misma causa de origen		
Multipropiedad	Más de un titular		

Asimismo, se puede ser propietario de forma:

– *Directa*

A título personal.

– *Indirecta*

Por representante. Es adquirir la propiedad por medio de representante o mandatario.

10.1.7 Capacidad y legitimidad

Respecto de la propiedad con título, esta se rige por las normas del acto jurídico (art. 140), por lo que se requiere capacidad de ejercicio (para transferir y adquirir), mientras que para la propiedad adquirida a título gratuito (vía sucesión, donación) solo se requiere capacidad de goce. Como dice Gama (2001, p. 219), no hay que confundir la capacidad para ser propietario con la capacidad para la adquisición del derecho de propiedad.

La capacidad para ser propietario es de mayor grado que la necesaria para ser poseedor, si se toma en cuenta que la relación de dominio se constituye por un *poder de derecho* que, para gozarlo, requiere la celebración de un acto jurídico válido (art. 140). A diferencia de la posesión, para ser propietario se necesita contar con una capacidad de ejercicio.

En determinados casos la ley exige una capacidad especial —una legitimación— para ser propietario. La legitimación es la capacidad reconocida por ley para realizar un acto jurídico *per se*; *v. g.*, los extranjeros no pueden ser propietarios dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera (art. 71 de la Constitución Política).

10.2 Objeto

La propiedad puede recaer sobre:

Bienes	Corporales
	Incorporales
Derechos	Patrimoniales
	Universalidades

Los bienes deben ser determinados o determinables. Aquí se aplica el principio de individualización, *i. e.*, la necesidad de identificación del bien objeto

de derecho de propiedad. A su vez, la propiedad de una cosa se extiende a las partes integrantes y pertenencias o accesorios[11]: principio de accesoriedad.

Los bienes pueden ser:

- Corporales, materiales, que a su vez pueden ser muebles e inmuebles. Son tangibles (*rex extensa*). Se trata de propiedad material.
- Incorporales, inmateriales. Propiedad especial. Propiedad intelectual o industrial; literaria, artística y científica. Son intangibles; producciones del espíritu humano. Atañen al denominado *valor psicológico de la propiedad*. Hoy la propiedad se extiende a ciertos derechos y valores patrimoniales, como el fondo empresarial, el establecimiento, la clientela, el nombre comercial (Gama, 2001, p. 219), que representan activos de ingente valor. El antecedente legislativo y primer reconocimiento legal del *copyright* está en el Estatuto de la Reina (*Statute of Anne*), del 10 de abril de 1710. Se trata de propiedad inmaterial.

  Díez-Picazo (1986, p. 169) manifiesta que solo por vía de analogía puede hablarse de dominio sobre bienes inmateriales. Para algún sector de la doctrina, sustentado en el principio de materialización o corporeidad, se trata de una forma de *cuasi propiedad*; para el sector extremo que la niega es *impropiedad* y no constituye derecho de propiedad en sentido técnico (Vieira, 2008, p. 663).

  El aire o los aires. Más allá de tratarse de un bien jurídico, el aire tiene como naturaleza jurídica la de un bien inmueble al constituir el sobresuelo (art. 955) —teoría de la estratificación de la propiedad (art. 954)—, por lo que puede ser, perfectamente, materia de disposición, transfiriéndose su propiedad (vía compraventa, permuta, etc.). La venta o reserva de aires es lo que Gonzales Barrón (2013, t. I, pp. 131 y 132) conoce como el derecho de sobreelevación o sobresuelo, de vuelo o levante, el cual tiene un carácter real y se constituye como un supuesto más de propiedad separada (Chipana Catalán y Cruzalegui Solari, abril del 2016, p. 121). En la actualidad, existe una clara diferencia entre el suelo urbano (espacio terrenal) y el suelo artificial (espacio aéreo).

En cuanto a su existencia, los bienes pueden ser:

Presentes

Son los que tienen existencia actual (una casa).

---

11 *Accesio cedit principali*, *Digesto*, L. 34, t. 2, ley 19, §13.

Futuros

Son los que no son presentes (el próximo fruto de un árbol, la cosecha o la pesca que vienen). Pueden darse los siguientes casos:

– *Cosas objetivas futuras.* También llamadas *absolutamente futuras.*

  No tienen existencia actual y se espera que surjan. Se está a la expectativa de su existencia. La no existencia puede deberse a una cuestión natural —*non in rerum natura* (cosecha pendiente)— o a la acción del hombre (departamento en planos, derechos de autor de un libro por escribirse). En el primer caso, su generación es un proceso de la naturaleza; en el segundo, depende de la actividad industrial, artesanal o intelectual, *i. e.*, de la mano o intelecto del hombre.

– *Cosas subjetivas futuras.* También llamadas *relativamente futuras.*

  Están en la naturaleza —*in rerum natura*—, no en la titularidad de quien dispone de ellas en el momento de la celebración del acto jurídico (venta de bien ajeno).

Tenemos los siguientes casos:

– Contratos sobre bienes futuros (art. 1409: regla general)
– Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio (art. 1410).
– Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley (art. 1532).
– Compraventa sobre bien futuro. *Emptio rei speratae* o *res speratae*, venta de cosa esperada o bien futuro con certeza de que existirá. Contrato sujeto a condición suspensiva (art. 1534).
– Compraventa sobre bien futuro aleatorio. *Res spei*, cuando el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro. Contrato sujeto a condición suspensiva (art. 1535).
– Compraventa de esperanza incierta. *Emptio spei*, cuando el comprador asume el riesgo de la existencia del bien (art. 1536).

Asimismo, los bienes pueden ser:

– Inanimados (objetos)

– Animados (animales[12])

10.2.1 Bienes que no pueden ser objeto de propiedad

No todos los bienes pueden ser objeto de propiedad. Por ejemplo:

– Estado civil
– Partes integrantes y accesorios
– El cuerpo humano y el cadáver[13]
– Los inapropiables (luz, aire) *res comunes omnium*
– Bienes de dominio público[14] (playas, plazas, parques, infraestructura vial)
– Los derechos fundantes (esenciales)[15], como la vida, la integridad, la libertad, el honor y la identidad

---

12 La Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal (DOEP, 8/1/2016), refiere que respecto de un animal puede haber propietarios o poseedores.

13 Este es el sustento del principio *corpore humane est res extra comercii mancipi*. Su base legal está en la LGS, artículo 45 *in fine* ("Los establecimientos de salud solo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de trasplante o injerto a título gratuito") y artículo 116 ("Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos"). La Ley de Trasplante de Órganos (art. 7) y su reglamento (art. 17) consideran que todo acto de disposición de órganos y/o tejidos es gratuito. El Código Penal, es más, ha tipificado el *delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos* (art. 318-A). El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (octubre del 2007) establece: "El médico no debe propiciar ni participar en la comercialización y/o tráfico de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano" (art. 32). La comerciabilidad ofende la dignidad, y el cadáver, como resto humano, aún goza de esta. Si la persona no puede ser objeto de derechos patrimoniales, el cadáver tampoco puede serlo; a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el cuño y residuo de la persona viva (De Cupis, 2004, p. 98). Vid. Varsi Rospigliosi (2014, pp. 402 y 403).

14 "*Bienes de dominio público*: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público, como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad. Aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público, como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley". Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, D. S. 007-2008-VIVIENDA, DOEP, 15 de marzo del 2008.

15 Como refiere Ternera Barrios (2015, p. 47), en la literatura jurídica se presenta el fenómeno de *propietarización* o *cosificación* de los derechos, en el sentido de que, respecto de todos los derechos (patrimoniales y extrapatrimoniales), se reconoce un derecho de propiedad, debiendo entenderse que la relación del sujeto con sus derechos es una relación de titularidad y no de propiedad.

11. Atributos

También llamados *facultades*, *atribuciones* o *prerrogativas*.

Algunos les agregan el adjetivo *fundamental* o *esencial*: facultades fundamentales, esenciales o dominicales.

Le dan sentido a la propiedad, la estructuran, la denotan y la connotan, estableciendo su ámbito de aplicación y contenido.

La propiedad es el derecho que permite la mayor potestad jurídica, aquella amplia posibilidad de actuar respecto de la cosa; los demás derechos reales se han constituido a su imagen y semejanza (Rojina Villegas, 2012, p. 30). Permite al titular un elevado grado de aprovechamiento de las ventajas de hacer sobre un bien (Penteado, 2008, p. 169), la universalidad de poderes que sobre una cosa se puede referir (Vieira, 2008, p. 669, nota 1909).

Así, en relación con otros derechos reales, la propiedad es amplia. Quien cuenta con ella, plantea Avendaño (2015, p. 283), tiene un gran dominio sobre la cosa, derivando de ella los demás derechos reales: "no existe otro derecho sobre las cosas que confiera en forma conjunta todas las facultades al titular".

La propiedad es el derecho real que confiere el máximo de los atributos que un sujeto puede tener respecto de un bien: *habere possidere. Habere*: poder decir que la cosa le pertenece; *possidere*: poder tener la cosa como suya y gozar del derecho sobre ella. Implica un *ius in re propria*, un derecho real sobre la cosa propia. Como tal, es ilimitado; mejor dicho, con una prerrogativa amplia (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 116). Dado que lo infinito e irrestricto puede generar abusos, se descarta toda forma arbitraria de uso; no se acepta el abuso del derecho de propiedad (art. 924).

El vínculo de dominio de un sujeto respecto de una cosa es pleno. El titular goza del más amplio grado de atribuciones. La propiedad representa la atribución última o definitiva de la cosa con alguien, o que legitima al propietario a decidir acerca del tipo de aprovechamiento que hará (destino económico) y el destino final de la cosa (Vieira, 2008, p. 667).

Los derechos reales menores no atribuyen todas las facultades, sino algunas. El uso es un derecho real menor frente a la propiedad, que es un derecho real mayor; el usufructo es menor que la propiedad, pero mayor que el uso. El derecho de habitación es el derecho real más limitado, pues se restringe a la sola facultad de morar en una casa (Torres Vásquez, 2006, p. 52).

El artículo 923 del Código refiere cuatro facultades:

- Usar
- Disfrutar

– Disponer
– Reivindicar

Son cuatro verbos. Vinculan las cuatro vertientes en que se proyecta la acción del titular en relación con la cosa (Penteado, 2008, p. 170). Implican la máxima representación del ser sobre el bien; el señorío pleno sobre el bien. Claro que estas facultades deben ser usadas de forma regular, no abusando de ellas, justamente por la función social que tiene y cumple la propiedad.

Las tres primeras (usar, disfrutar y disponer) corresponden al elemento interno o económico de la propiedad; la cuarta (reivindicar), al elemento externo o jurídico. Ternera Barrios indica (2015, p. 85, nota 42) que las tres primeras —y en el orden que se mencionan— tienen estrecha relación con los institutos económicos de *valor* (precio del bien), *uso* (servicio que ofrece el bien a sus dueños), *renta* (incremento que ofrecen los bienes a sus propietarios) y *valor de cambio* (precio de transferencia de las cosas), respectivamente.

Uti, frui, habere, possidere, o *habere, possidere, uti, frui*, reflejan el pleno contenido de la propiedad: tener, poseer, usar y disfrutar.

Los romanos consideraban la propiedad como la *plena ius in re potestas* y solo se referían al *uti*, *frui* y *disponendi*.

11.1 Uso

Ius utendi, *usus*, utilización de la cosa, servirse de ella. *Uti*.

Es la facultad de colocar la cosa al servicio del propietario de acuerdo con su destino económico y social, sin modificación de su sustancia (Gama, 2001, p. 223). Lôbo (2015, p. 87) precisa que el uso implica no modificar la sustancia, pudiendo ser usada, guardada o mantenida inerte, *i. e.*, como una casa de playa que no se usa en temporada, lo que implica un uso sin utilidad inmediata. Según el caso, dicen Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 187), el uso puede ser directo o indirecto, sea que el propietario utilice personalmente el bien, lo haga a favor de un tercero o lo deje a favor de alguien bajo sus órdenes (*servidor de la posesión*).

El término *uso* lleva implícito el goce y disfrute: si uso el bien es porque puedo sacarle provecho personal y directo; es la facultad de actuar de forma directa sobre el bien. Peñailillo (2014, p. 134) refiere que "se trata de dos facultades distintas (aunque en realidad es difícil que el goce concurra sin el uso)". El ejercicio regular comprende la facultad de uso, que es la más limitada, pues, si se tuviera aislada, impediría recoger los frutos y, con mayor razón, se alteraría

la sustancia. Para el caso del propietario (que tiene todas las demás facultades), estas limitaciones carecen de sentido (Musto, 2000, p. 394).

Con precisión, Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 187) aclaran que, en contra de lo que muchos acreditan, el derecho de uso concede a su titular el acceso directo a los frutos naturales de la cosa, pues no sería lógico que el beneficiario de esta facultad se vea privado del acceso inmediato de los bienes que la cosa produzca por su propia naturaleza (fruto de los árboles, leche de la vaca). Así, el artículo 999 establece que el usufructo confiere el *uso* y *disfrute* temporal de un bien.

El uso puede extinguir el bien al ser consumible (alimento, dinero); entonces el uso se convierte en consumo (Peñailillo Arévalo, 2014, pp. 134 y 135).

Con base en la función social de la propiedad, el uso debe realizarse en forma racional y sostenida (González Linares, 2012, p. 340), debe responder al interés social; de allí que no se permita el abuso de este derecho (art. II del título preliminar y art. 924): el uso es *civiliter*. Hay un uso positivo (usar la cosa: uso mis zapatos todos los días) y un uso negativo (no usar la cosa: en invierno, mi casa de playa está cerrada y sin uso).

Dentro de esta facultad, el dueño puede impedir que terceros usen, disfruten o dispongan de su bien: *ius excluendi alios* (tiene el derecho de excluir a otros). Es el contenido negativo de la propiedad.

El Código del 36 decía que el propietario de un bien tenía derecho a "poseerlo", como sinónimo de usarlo. El Código del 84 distingue con tecnicismos ambos términos y precisa la facultad de "usar".

El no uso implica una inacción que puede traer consecuencias negativas para el *dominus,* quien puede perder la propiedad por *usucapio* o, en su caso, por abandono. De esta manera, el derecho de usar se convierte en pro del *dominus*, en un deber de usar el bien en continuo ejercicio del derecho de propiedad.

V. g., uso mi carro para transportarme; mi casa, para vivir; mis lentes, para ver; mi lapicero, para firmar.

11.2 Disfrute

Ius fruendi, fructus: disfrute, aprovechamiento de la cosa, beneficiarse de los frutos y productos, fruición; beneficiarse del incremento del bien por accesión. *Frui.*

Es el goce o explotación económica, el obtener un beneficio de la cosa; el *fructus ut dominis*. Extraer frutos y productos que sobrepasan la

percepción de simples frutos naturales (percibidos directamente de la naturaleza) (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 188).

Es necesario aclarar que el propietario no adquiere los frutos por el acto de la percepción. El propietario —a diferencia del usufructuario o del poseedor de buena fe— es dueño de los frutos de antemano, aunque estén pendientes, pues siendo dueño de la cosa fructuosa, le pertenecen como accesorios (Musto, 2000, p. 395).

Entonces, si lo uso es porque puedo sacarle provecho personal y directo. Pero sin tenerlo puedo beneficiarme de él también. A través del provecho de los demás me beneficio, lo cual incluye las pertenencias y accesorios.

El disfrute de un predio incluye el bien en sí; también el aire, la luz, el calor y la vista que en conjunto lo conforman (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 134, nota 162). Cabe precisar, coincidiendo con Avendaño (1997, p. 93), que es en el disfrute donde la propiedad adquiere contenido económico e importancia social y política; por ello, es el atributo que más urgentemente debe armonizar con el interés social: la llamada *zona de conflicto social*.

Ternera Barrios (2015, pp. 93 y 94) considera que esta facultad se manifiesta de dos formas:

- Goce jurídico del bien: apropiación de frutos civiles
- Goce material del bien: apropiación de frutos naturales

Esta facultad puede ser transferida a través del usufructo, el uso, la habitación, la superficie o la servidumbre.

Peñailillo (2014, p. 135) indica que de esta facultad se deriva el tema del *entorno*, en el sentido de que las características ambientales que rodean al objeto integran también el derecho de propiedad y como tal deben ser protegidas. Así, el medio es un concepto que se yuxtapone (está junto) al uso y al goce.

V. g., disfruto de mi carro alquilándolo; disfruto de mi biblioteca dándola en comodato.

11.3 Disposición

Ius disponendi: enajenación (compraventa, permuta, donación, dación en pago, cesión); someter la cosa a cargas (patrimonio familiar); gravar o prendar (hipoteca o prenda); edificar, transformar, demoler, abandonar, renunciar. Implica la facultad de realizarse con el bien, sacándole un provecho: *habere possidere*.

Es el atributo característico de la propiedad.

Es decir, el poder de disponer de la cosa, de enajenarla a título oneroso o gratuito, de constituir sobre ella servidumbres o hipotecas, de darla en usufructo, uso o habitación, incluso el de abandonar la cosa o de consumirla si su naturaleza lo permite, todo ello corresponde al propietario y al derecho de dominio en su núcleo mismo (Musto, 2000, p. 395).

Para Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005, p. 98), la disposición es la manifestación más importante del poder del titular, pues le permite ceder, destruir, limitar, enajenar o gravar un bien; es la más viva expresión dominial, por la mayor largueza que refleja (Pereira, 1996, p. 74). Es, a decir de Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 189), la facultad que tiene el propietario para alterar la propia sustancia de la cosa.

Esta facultad se deriva del carácter absoluto del derecho de propiedad e implica el uso excluyente de este derecho. Constituye la expresión más intensa del goce al representar la realización total del valor a cambio de bienes (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 101). Para Penteado (2008, p. 175), esta facultad consiste en el poder formativo, *i. e.*, aquello cuyo ejercicio implica la generación, extinción o modificación de una situación jurídica subjetiva.

Dicen Peñailillo (2014, p. 137) y Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 189) que en esta facultad se pueden distinguir dos categorías:

- *Disponer materialmente de la cosa*: modificándola[16], abandonándola o destruyéndola. En los últimos casos, el propietario realiza actos que importan pérdida de propiedad. El *ius aedificandi* es un acto típico de disposición en materia de inmuebles. Existen límites (obras de arte, monumentos históricos).
- *Disponer jurídicamente de la cosa*: vendiéndola, donándola, dándola en arrendamiento, comodato, uso o gravándola. Ello puede ser:
  - *Total*: el propietario realiza actos de alienación, importando una mutación subjetiva del derecho real, onerosa (venta) o gratuita (donación). En ambos casos, el adquirente sucederá al alienante en todas sus facultades del dominio.
  - *Parcial*: el propietario dispone parcialmente del bien. Ocurre cuando se impone una carga o gravamen (*onus*) al bien: usufructo, servidumbre, hipoteca. El propietario mantiene la titularidad a pesar de la convivencia de un derecho real en cosa ajena, de modo que algunas de sus facultades se ceden temporalmente a un tercero.

16 La modificación implica una disposición. El Código la prohíbe en el caso del usufructo cuando menciona que el usufructuario no puede hacer ninguna modificación sustancial al bien (art. 1009).

Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 189) precisan que cuando el propietario arrienda, da en locación, comodato o constituye respecto del bien una relación de obligación con un tercero, ello no implica un acto de disposición parcial, pues no hay transferencia de poderes dominales. El propietario concede la posesión directa mediante una relación obligacional y mantiene la propiedad plena: solo concede el disfrute inmediato de la cosa a favor del tercero.

Maisch von Humboldt (1984, p. 47) precisa que debe distinguirse entre los actos de disposición traslativos y los actos de disposición limitativos. Por su lado, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 148) afirman que uno de los principales derechos del propietario es producir cosas, venderlas al público al precio que estime conveniente, lo que implica actos puros de disposición.

V. g., dispongo de mi carro al venderlo o darlo en prenda. De mi casa, demoliéndola, y luego, del predio, usándolo de jardín.

11.3.1 *Ius abutendi*

Dentro de la facultad de disposición, el *dominus* puede no usar el bien, dejar que se deteriore o destruirlo —una forma de *abusus*—, lo que se configura como el *ius abutendi* (del latín *abuti*: *ab*, plenitud de actuación, y *uti*, usar. Significa: usar definitiva o completamente) —derivado del carácter absoluto de la propiedad—. Obviamente, no puede afectar derechos de terceros al estar prohibido el abuso del derecho (art. II del título preliminar, y art. 924). Así, el *ius abutendi* debe interpretarse a la luz de la razón; el hombre debe usar los derechos con un fin racional, sin perjudicar los intereses de los demás.

V. g., quemar una colección de revistas, desechar libros.

11.4 Reivindicación

Ius reivindicāre o *vindicandi*: reclamar y recuperar, pedir y restituir un bien. Es el derecho de recuperar el bien, el poder físico sobre la cosa (aspecto exterior). Los portugueses lo conocen como *direito de reavê*.

Ubi rem meam invenio ibi vindico (donde está la cosa, la reivindico).

Se sustenta en la tutela restitutoria. La propiedad es defendida por la acción real de reivindicación. Es la pretensión reconocida al titular de un derecho real (reivindicador) de excluir a terceros (reivindicados) de la injerencia de un bien, de forma que el propietario mantenga el dominio sobre la cosa. Se ampara en los principios *ius persequendi* (principio de

persecutoriedad) y *erga omnes* (oponibilidad). Es tanta su trascendencia que su característica es la imprescriptibilidad (art. 927).

Comúnmente se entiende como la pretensión del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario. Sin embargo, se trata de un atributo de todos los derechos reales, no exclusivo ni privativo de la propiedad. Todo aquel que goce de un derecho real puede, ante una perturbación o despojo, ejercitar la *reivindicatio*.

Bien dice Caio Mario —citado por Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 190)— que de nada le valdría al *dominus* reunir el *jus utendi*, *ius fruendi* y *jus abutendi* si no le fuese reconocida la recuperación del bien de quien lo posee injustamente.

V. g., reivindico mi carro cuando lo recupero.

11.5 Facultades taxativas o enunciativas

El Código considera en forma expresa, en el artículo 923, que "La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien".

La descripción que hace el Código, afirma Mejorada (IUS360, 21 de mayo del 2015), es ilustrativa pero insuficiente. No es que los propietarios limiten su ámbito de actuación al ejercicio de esos atributos; en realidad, lo que un propietario puede hacer es "todo", "todo aquello que no le esté prohibido, basado en el principio de libertad"[17]; *v. g.*, puede no usar el bien, puede abstenerse de hacer algo sobre el bien, incluso puede abandonarlo, pues todo esto comporta una expresión legítima del dominio.

Tapia Ramírez (2012, p. 121) —citando a De Ruggiero— manifiesta que a la propiedad se la debe estudiar no por lo que puede hacer el propietario, sino por lo que no puede hacer en mérito de la ley o por la concurrencia de otros derechos ajenos. Como dice Arce y Cervantes (2012, p. 51), en principio, el propietario puede ejercer los poderes más extensos y obtener de la cosa toda su utilidad; tiene todos los poderes pensables sobre el bien.

En la misma línea, Vieira (2008, p. 669) considera que el propietario puede realizar cualquier aprovechamiento de la cosa no prohibido por la ley, lo que lleva a considerar para su delimitación solo las restricciones de ese aprovechamiento (contenido negativo). De este modo, la delimitación positiva del derecho real de propiedad no tiene que ser hecha a través de la enumeración

17 "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (lit. b) del inc. 24 del art. 2 de la Constitución Política).

concreta de poderes de aprovechamiento de la cosa, toda vez que el aprovechamiento no restringido legalmente le corresponde al propietario.

En rigor, Díez-Picazo (1986, p. 153) precisa que las facultades dominiales son muchas más, no pueden encerrarse en tres verbos (gozar, disponer, reivindicar). Lo más importante y lo que más interesa es lo que el propietario puede hacer o no hacer; en concreto, aquello que implica limitaciones legales.

Lo cierto es que, como dicen Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 172), conocer cada especie de propiedad —en orden cualitativo y cuantitativo, de forma prospectiva y con vista a su destinación— nos permite escapar del esquema reduccionista y abstracto de limitar el dominio a la usada y malgastada fórmula matemática: usar + disfrutar + disponer + reivindicar.

La propiedad es el más amplio de los derechos reales; confiere a su titular una gama infinita de facultades sobre el bien, dentro de un uso razonable. Este criterio de amplitud se sostiene en derecho comparado cuando Gomes (2012, p. 105) indica que el propietario ejerce poderes jurídicos tan extensos que su enumeración se torna imposible.

Así, cada uno de estos atributos puede ser usado en sentido positivo y en sentido negativo:

Positivo	Negativo
Usar	No usar
Disfrutar	No disfrutar
Disponer	No disponer
Reivindicar	No reivindicar

Si hacemos un símil con los derechos reales, cada uno de ellos confiere las siguientes facultades:

Institución	Facultades
Propiedad	Uso Disfrute Disposición Reivindicación
Posesión	Uno o más poderes de la propiedad
Usufructo	Usar y disfrutar
Uso	Usar o servirse
Habitación	Usar como morada
Superficie	Tener temporalmente un bien en propiedad sobre suelo ajeno
Servidumbre	Usar
Prenda mobiliaria	Disposición Gravar
Hipoteca	
Anticresis	
Derecho de retención	

Cada una de las facultades se ejerce de acuerdo con la naturaleza del bien. Su realización no es rígida; responde también a las circunstancias sociales. Es en este sentido que Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 172) sostienen que es diferente usar un inmueble residencial que usar las acciones de una sociedad anónima; es infinítamente distinto el disfrute de una hacienda para arrendamiento que el goce derivado de la licencia para la explotación de los derechos autorales; es diferente la disposición de un inmueble localizado en el área preferencial para fines de función social que el precio de venta que se coloque a ciertos productos alimenticios.

11.6 Otras facultades no tratadas expressis verbis

- Posesión: tener el bien
- Servir de garantía exclusiva
- Excluir a terceros del goce del bien

– Exclusividad: ser único en el dominio del bien
– Administración: llevar a cabo actos que preserven el bien

El *ius possidendi* (derecho de poseer) conduce a la posesión efectiva y, por medio de esta, al ejercicio del dominio con todos sus demás atributos (Rojina Villegas, 2012, p. 295, nota 4).

Por su parte, Morales Hervias (2012) agrupa a las facultades de la siguiente manera:

– *Poder*: disposición (legitimación)
– *Facultad*: usar y disfrutar
– *Medio de protección*: reivindicación

12. Derecho de propiedad y derecho a la propiedad

12.1 Derecho de propiedad

Ius propietatis.

La propiedad es parte del proyecto de vida de toda persona que requiere contar con la titularidad de bienes, ejercer y ser *dominus*. Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 179) precisan que la primera propiedad es la existencia, lo que justifica su tutela, pues sin ella no se desenvuelve la personalidad: *para ser es preciso tener*. Así, el derecho fundamental de la propiedad es una garantía de la libertad.

Existe una garantía constitucional a la propiedad, considerada de manera expresa como un derecho de la persona. La propiedad, derecho material, es el medio que les permite a los ciudadanos un espacio de libertad en el que pueden llevar a cabo libremente su vida mediante el pleno desenvolvimiento de los bienes de los que son titulares (Teles de Menezes, 2012, p. 17).

Esta garantía comprende medidas que protegen y garantizan el derecho que una persona tiene sobre sus bienes, como la protección del patrimonio constituido o la protección de la titularidad.

V. g., la *usucapio*, la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación.

12.2 Derecho a la propiedad

Ius ad propietam.

Toda persona tiene derecho a la propiedad (inc. 16 del art. 2 de la Constitución).

Hay mecanismos legales que habilitan el acceso a la propiedad, al derecho a tener bienes. Se relacionan con la teoría del patrimonio mínimo, entendido como lo básico y esencial para vivir. Acceso a los bienes.

V. g., acciones posesorias, patrimonio familiar.

13. Derechos

La propiedad confiere los siguientes derechos:

13.1 Derecho a la posesión y derecho a poseer

El propietario tiene el derecho a la posesión —*ius possessionis*— sea ejercitándola directamente, sin intermediarios (posesión inmediata), o por interpósita persona (posesión mediata), a través del derecho a poseer —*ius possidendi*—.

13.2 Derecho de cercar

Llamado *facultad de cerramiento*.

Es parte de la facultad de delimitación del propietario ejercida en los bienes inmuebles.

Al cercar, se precisan físicamente los límites de los cuatro puntos cardinales de un predio (González Linares, 2012, p. 363).

Puede ser acordado o declarado judicialmente.

Base legal: artículo 995.

13.3 Derecho de deslinde y amojonamiento

Deslindar es diferenciar y amojonar es determinar. Este derecho es también conocido como derecho de exclusión o cerramiento.

El titular de un predio puede obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento.

Son actividades propias de los predios rurales, aunque nada impide que puedan realizarse sobre predios urbanos.

Su objetivo es precisar las colindancias entre dos inmuebles rústicos contiguos con la fijación o el amojonamiento material de la línea divisoria o linderal (González Linares, 2012, p. 364).

El artículo 2516 del Código de Vélez disponía:

> Artículo 2516.- El propietario tiene la facultad de excluir a terceros del uso o goce, o disposición de la cosa, y de tomar a este respecto todas las medidas que encuentre convenientes. Puede prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena; que se entre o pase por ella. Puede encerrar sus heredades con paredes, fosos, o cercos, sujetándose a los reglamentos policiales.

Base legal: artículo 996.

13.4 Derecho de cortar ramas y raíces invasoras del predio

Implica un atentado legítimo contra los bienes de terceros cuando estos invaden propiedad ajena.

Pueden cortarse las ramas de los árboles que se extiendan sobre el predio y las raíces que lo invadan. Cuando sea necesario, se podrá recurrir a la autoridad municipal o judicial para el ejercicio de estos derechos.

Implican una defensa frente al derecho de invasión de las plantas del vecino.

Base legal: artículo 997.

14. Obligaciones

La propiedad genera obligaciones con el vecino en particular y con la comunidad en general.

La propiedad predial determina las siguientes obligaciones:

- Actos para evitar peligro en propiedades vecinas (art. 959)
- Paso de materiales de construcción por predio ajeno (art. 960)

15. Adquisición

Implica incorporar al patrimonio un bien.

Es el hecho o acto jurídico mediante el cual un sujeto adquiere la titularidad del derecho real de propiedad sobre un objeto.

15.1 Clasificación

Los modos de adquisición, como menciona Penteado (2008, p. 302), se refieren a la noción de flujo patrimonial y representan el momento de inicio de la situación jurídica propietaria, el momento concluyente para el ingreso de determinado bien jurídico al patrimonio de una persona (Gama, 2001, p. 290).

En similar sentido, conforme a autorizada doctrina argentina, "Se entiende por modo el acto o hecho al que la ley le atribuye el efecto de materializar, en forma ostensible e indudable —ante la comunidad—, el desplazamiento patrimonial determinado por el título" (Musto, 2000, p. 439).

Modos de adquisición del dominio son los hechos o actos de los que puede resultar la adquisición de este derecho real (Mariani de Vidal, 2009, p. 311). Los modos de adquirir propiedad se clasifican en:

Modos	Casos
Universal Singular	Por la amplitud
Simples Complejos	Por los actos y formas que se utilizan para que se procese el efecto adquisitivo
Inter vivos Mortis causa	Por el momento en que se realiza
Oneroso Gratuito	Por su patrimonialidad
Originario Derivado	Por quién o cómo se adquiere

Veamos estos modos.

15.1.1 A título universal o a título singular

- *Universal*. Multiplicidad. Varias personas adquieren alícuotas de un bien (herencia).
- *Singular*. Particularidad. Una persona adquiere un bien (compraventa).

Peñailillo (2014, p. 195) dice que por la ocupación y la accesión pueden adquirirse solo bienes específicos; por la sucesión *mortis causa* pueden adquirirse bienes singulares (legado en especie) y universalidades

(herencia); y que la tradición y la prescripción son modos singulares de adquirir, aunque por excepción son universales (heredero que transfiere su derecho a la herencia).

15.1.2 Simples y complejos

- *Simples.* Se determina en una simple transacción, por acuerdo entre las partes; *v. g.*, compraventa.
- *Complejos.* Se determina a través de un procedimiento; *v. g.*, *usucapio.*

15.1.3 *Acto inter vivos o mortis causa*

- *Inter vivos*: la compraventa, la donación, la permuta
- *Mortis causa*: la sucesión

15.1.4 Oneroso o gratuito

- *Oneroso.* Hay un intercambio patrimonial mutuo: precio y bien, *v. g.,* compraventa; o bien y bien, *v. g.*, permuta.
- *Gratuito.* Solo hay una entrega individual del bien; *v. g.*, donación, apropiación, accesión, prescripción adquisitiva, sucesión por muerte.

15.1.5 Originarios

Es el caso de la adquisición.

Ex novo, no hay relación jurídica anterior.

Estos casos son raros actualmente, no es común que se den y se reducen a la *occupatio* y la *usucapio.*

Se adquiere propiedad de forma directa y primaria, sin que antes haya existido un titular. Las excepciones son la accesión, la especificación, la mezcla y la *usucapio.*

Estos modos se llaman originarios porque prescinden de la existencia de un derecho anterior. Si la cosa no ha tenido dueño antes, no puede ser adquirida sino por un modo originario. Si lo ha tenido, la adquisición es originaria si el derecho adquirido no deriva del derecho anterior, pudiendo —incluso— manifestarse en contradicción con el del titular precedente (Musto, 2000, p. 441).

Borda (2008, pp. 257 y 258) menciona que surgen por un acto exclusivo del adquirente o por un hecho natural, sin que en ningún caso se dé la intervención del anterior propietario. Asimismo, el nuevo propietario no está sujeto a las limitaciones, restricciones o gravámenes que sobre el bien hubiera constituido el anterior.

El acto es unilateral, gratuito y constitutivo.

V. g., me encuentro un reloj en la calle.

Para el Código, son modos de adquisición originarios los siguientes (arts. 929 al 946)[18]:

Tipo	Artículo
• ***Apropiación***	929-937
- Bienes libres	929
- Caza y pesca	930 y 931
- Hallazgo de bienes perdidos	932 y 933
- Búsqueda de tesoro en terreno ajeno	934
- División de tesoro hallado en terreno ajeno	935
- Patrimonio cultural	936
• Especificación y mezcla	937
• ***Accesión***	938
- Aluvión	939
- Avulsión	940
- Edificación	941-945
◦ De buena fe en terreno ajeno	941
◦ De mala fe del propietario del suelo	942
◦ De mala fe en terreno ajeno	943
◦ Invasión en terreno colindante de buena o mala fe	944
◦ Con materiales ajenos	945
◦ Siembra de semillas y plantas	945
- Accesión natural (crías)	946
• ***Prescripción adquisitiva***	950 a 953

18 El derecho romano consideró, entre ellos: la accesión, la confusión, la usucapión, la ocupación, la conmixtión, la adjudicación y la especificación.

15.1.5.1 Apropiación

Es la ocupación[19].

Del latín *occupatio*, también se la llama *aprehensión*. Existe apropiación cuando se aprehende una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella (Mariani de Vidal, 2009, p. 313).

Fue un importante modo de adquirir propiedad en los pueblos primitivos y en los pueblos en formación (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 184). Es la situación dinámica a través de la cual un sujeto consigue un bien que no tiene (Morales Hervias, 2012, p. 91).

Cuando se toma la posesión de una cosa mueble sin dueño o abandonada por su dueño, siendo la persona capaz y teniendo la intención de adueñarse de ella, se produce la adquisición del dominio por apropiación. Los requisitos, pues, son cuatro: a) idoneidad del objeto; b) capacidad del sujeto; c) acto de aprehensión; y d) ánimo de adquirir el dominio (Musto, 2000, p. 443).

Es, por excelencia, un modo de adquisición de la propiedad originario y gratuito; se trata del más antiguo, el más peculiar en su momento. Hoy, este modo ha disminuido en importancia al haberse reducido las cosas sin dueño; solo tiene aplicación para la caza y la pesca (Gomes, 2012, p. 191).

En Roma se configuraba cuando la persona ejercía la posesión sobre una cosa que no pertenecía a nadie (*res nullius* o *res vago*); entonces se convertía en propietaria por ocupación (*res nullius occupanti cedit*)[20].

Se sustenta en las siguientes máximas:

- *Quod enim nullius est id ratione naturali occupanti conceditur*[21] (Lo que no es de nadie se concede por razón natural al que lo ocupa).
- *Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit* (Si una cosa fuere tenida como abandonada, a punto de dejar de ser nuestra, se convierte en propiedad de quienes la encuentran.

Si las cosas que se adquieren vía apropiación carecen de dueño (*res nullius*) o son abandonadas (*res derelictae*), se procede —simplemente— a aprehenderlas, a tomar posesión de ellas. De allí que Gama (2001, p. 307) manifieste que se trata del aseñoramiento de las cosas sin dueño. No se

---

19 Código Civil de 1852. Artículo 479.- Ocupación es la aprehensión de una cosa que no tiene dueño, con ánimo de conservarla para sí.

20 Gayo, *Institutas* 2.66.

21 D. 41, 1, 3.

configura respecto de cosas perdidas (*res deperditae*), las que deben devolverse; de lo contrario, se comete un delito. Esto último lleva a concluir que no debe haber ilicitud en el acto de aprehensión.

Valencia Zea (2012, p. 369) indica que no existe ni puede existir regla que permita en cada caso diferenciar entre una cosa perdida y una abandonada, siendo las costumbres las que pueden suministrar un criterio al respecto. Ejemplifiquemos: una cosa abandonada puede ser un terno viejo; una cosa perdida es un Rolex.

No procede respecto de los inmuebles[22]: no hay *terra nullius*; la tierra de nadie no existe; aquella que carece de titular corresponde al Estado. Solo se aplica respecto de los bienes muebles.

A decir de Velásquez Jaramillo (2014, p. 288), la aprehensión puede ser:

– Real: cuando se toma la cosa en poder; o
– Presuntiva: cuando se realizan actos que evidencian la actitud de adquirir (animal herido o perseguido).

Conforme dicen Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005, p. 63), es un modo de adquirir que solo opera en relación con el derecho real de propiedad.

Se requiere de tres elementos:

– *Res nullius*: bien de nadie; o *res derelictae*: bienes abandonados.
– *Material* o físico: implica tomar el bien, aprehender, apoderamiento físico; no es preciso el apoderamiento con las manos o cogerlo (la inminencia de apoderamiento de tener el bien es suficiente: el cazador que se acerca a la presa o "basta que hayan caído en las trampas o redes, o que, heridos, sean perseguidos sin interrupción", art. 930). Es un acto unilateral. Es la mera y simple toma de posesión.
– *Psíquico*: intención. Es el *animus ocupandi*. Este elemento no es trascendente; basta tomar el bien, lo que lleva ínsita la voluntad.

22 Se suele creer que los predios abandonados, eriazos o sin servicios no tienen dueño, que "son de nadie", por lo que son vistos como presa fácil por usurpadores, oportunistas o ingenuos aspirantes. Lo cierto es que todos los inmuebles del Perú tienen dueño, sea que estén o no ocupados, que tengan vocación para determinada actividad económica o que de plano no sirvan para nada de especial relevancia. Esta es una característica de nuestro sistema legal: que se sustenta en la necesidad de que siempre haya un dueño que responda por el bien, tanto para asegurar su aprovechamiento como para imputar responsabilidades por los daños que pueda causar (Mejorada, junio del 2016).

Sujeto apropiante

Puede ser persona natural o persona jurídica. No se requiere capacidad de ejercicio para apropiarse; basta la capacidad de goce. Puede ser a título singular —solo una— o a título colectivo —más de una—, configurándose la copropiedad.

El Código le da el siguiente tratamiento:

- ***Apropiación de cosas libres***

Cosas sin valor, frusleras, bagatelas, chucherías.

Es el apoderamiento de la cosa inanimada que es encontrada.

Se le relaciona también con la invención como una forma de ocupación.

El artículo 929 establece la regla general, pero la norma especial (letras b y c del inc. 1 del art. 6 de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos) considera que son bienes asociados al agua: b) "los cauces o álveos, lechos y riberas de los cuerpos de agua, incluyendo las playas, barriales, restingas y bajiales, en el caso de la Amazonía, así como la vegetación de protección"; c) "los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces"; considerándoles bienes de dominio público hidráulico (art. 7). También los regula el artículo 3 del Reglamento[23].

En este sentido, todo aquello que se encuentra en el mar, en los ríos, en sus playas u orillas, en las riberas o lechos —tales piedras, conchas y demás que arroja el mar—, son del Estado.

Así las cosas, respecto de los bienes asociados al agua no existe la *res nullius*, de manera que las piedras y restos marinos no son bienes de nadie, son bienes de dominio público.

Base legal: artículo 929.

- ***Apropiación por caza y pesca***

El derecho de cazar y el derecho de pescar son derechos subjetivos públicos, están normados administrativamente.

La caza, la pesca y la forma en que son normadas tendrían que ser reanalizadas y habría que sensibilizar la redacción del artículo 930 en lo referente al cogimiento y agotamiento; *máxime* si los animales ya no son cosas, sino seres sensibles.

---

23 Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338): Decreto Supremo 001-2010-AG.

Cuando a pesca se refiere, a criterio de Borda (2008, p. 267), se comprende también a los moluscos, algas marinas y los mamíferos marinos (ballenas y cetáceos); estos últimos no se pescan: se cazan.

Estos temas van de la mano del Código General del Medio Ambiente (Ley 28611) y la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 27308).

Base legal: artículo 930.

- ***Apropiación de caza y pesca en propiedad ajena***

Si partimos del principio general de que la caza y pesca se realicen en áreas privadas —*i. e.*, de quien realiza la actividad—, *a contrario sensu*, de realizarse en predio ajeno deberá pedirse permiso al titular. Aquella actividad cinegética o de pesca llevada a cabo en predios públicos se sujeta a una normativa especial.

Base legal: artículo 931.

- ***Hallazgo de objeto perdido y los gastos de gratificaciones por el hallazgo***

Existen los *res alicuius* (cosa de alguien) o *res propiae* (cosa de una persona), así tenemos bienes con dueño incierto y bienes con dueño cierto. Los primeros tienen un dueño pero se ignora quién es; los segundos tienen un dueño identificado. Ambos, al tener un *dominus*, son bienes apropiados. Estos bienes se diferencian de los bienes que nunca han tenido un dueño o que no pertenecen a nadie, *res nullius* o cosas inapropiadas, tal como las distinguen Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1991, pp. 88 y 89).

Los bienes perdidos (*res deperditae*), por estatuto legal no se adquieren por apropiación. Al ser perdidos, nunca dejaron de tener propietario, *i. e.*, lo tienen, corresponden a alguien, por lo que la ley procura que el *dominus* recupere la titularidad. En estos casos, y respecto de estos bienes, no cabe la apropiación como medio de adquisición, a pesar de que el propietario asuma la pérdida de la cosa (*res perit domini*).

No son susceptibles de adquirirse por apropiación, puesto que tienen dueño (Mariani de Vidal, 2009, p. 316). Solo pueden ser apropiados cuando son bienes abandonados (*res derelictae*). Hay casos en que la diferencia entre perdido y abandonado es muy sutil, situación en la que debemos aplicar la casuística y las condiciones en las que se halla el bien, siendo las costumbres las que pueden suministrar un criterio al respecto.

Quien encuentra un bien no puede hacerlo suyo. Adquiere la obligación de entregarlo a la autoridad municipal. Quien algo halla debe conservarlo, de modo que, al entregarlo a la autoridad (esa es la obligación primaria),

se publicitará el hallazgo mediante anuncio público, con cargo a cuidar y conservar del bien.

En caso de que el objeto no fuese reclamado, o que nadie solicitase su entrega acreditándose como *dominus* dentro del trimestre siguiente de publicitado el hallazgo, se procederá a la subasta pública. Los beneficiarios de la misma, previa deducción de los gastos, serán la municipalidad y el hallador.

Si el propietario recuperase el bien, deberá cubrir los gastos (custodia, mantenimiento, publicaciones) y honrar la recompensa ofrecida o, a falta de recompensa expresa, un premio adecuado a las circunstancias del hallazgo y cuidado hasta la respectiva entrega. Si es dinero lo hallado, la recompensa no podrá ser menor a una tercera parte de lo recuperado; esto en razón de premiarse la honestidad y honradez del hallador respetuoso (González Linares, 2012, p. 408).

Por lo tanto, quien encuentra un objeto no es propietario; es simplemente un hallador. Su actuar, de buena fe, custodiando y entregando el bien a la autoridad, es lo que amerita una recompensa.

Obviamente, todo este procedimiento se justifica en razón del valor del bien; no sería justificable la puesta a disposición de la municipalidad de objetos de poco valor (cosas sin valor, frusleras, bagatelas, chucherías).

El derecho a la recompensa está enderezado no solo a retribuir las molestias del hallador, sino a premiar la honradez y para acicate de que se actúe de esa manera; es decir, para que los hombres cumplan con sus obligaciones jurídicas (en el caso, devolver lo encontrado), procediendo correctamente (conciencia aparte) para que haya orden y paz social (Mariani de Vidal, 2009, p. 317).

Base legal: artículos 932 y 933.

- ***Prohibición de búsqueda de tesoro en predio ajeno cercado y división del mismo en predio ajeno***

Es una forma de invención o hallazgo.

¿Qué es un tesoro?

Del latín *thesaurus,* y este del griego *θ η σ α υ ρ ό ς thēsaurós.* Para el *Diccionario de la lengua española*[24]: "1. m. Cantidad de dinero, valores u objetos preciosos, reunida y guardada. 5. m. Der. Conjunto escondido de monedas o cosas preciosas, de cuyo dueño no queda memoria".

24 <www.rae.es>, consultado el 5 de marzo del 2016.

El tesoro es un bien valioso, *pecunia,* y es de dueño desconocido; de allí que adquiera —sin tener jurídicamente dicha calidad— la condición de *res nullius*. No es un bien abandonado (*derelictae*) ni perdido (*deperditae*); es un bien escondido (*res latuit*).

Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble (art. 1951 del Código Civil y Comercial argentino). Un inmueble no puede ser considerado como tesoro.

La problemática se presenta cuando tratamos de vincular a quien halla el tesoro con quien se beneficia con él. La equidad está reflejada en este artículo 935; hallado el tesoro, se divide en partes iguales entre quien lo halla (*iure inventioni*) y el dueño del terreno (*iure domini*), salvo disposición en contrario.

Quien halla un tesoro en su predio es propietario absoluto de aquel; es hallador y propietario simultáneamente.

Base legal: artículos 934 y 935.

- ***Protección del patrimonio cultural***

La norma del Código dice que los artículos 934 y 935 —referidos a la búsqueda y encuentro de tesoros— son aplicables solo cuando no sean opuestos a las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación.

La normativa aplicable a la preservación del patrimonio cultural la tenemos en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, y su reglamento, el D. S. 011-2006-ED.

Base legal: artículo 936.

15.1.5.2 Especificación y mezcla

Es el caso de la accesión de mueble a mueble o accesión mobiliaria.

El Código las trata como formas independientes de adquirir originariamente la propiedad, sin considerar a la unión, mezcla y confusión como variantes de la accesión (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 153) y a la especificación como una figura independiente. El hecho de que instituciones diversas estén en un solo numeral implica que tienen escasa importancia en la actualidad y, en la *praxis*, no hay mayor diferenciación entre una y otra (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 153).

Su regulación jurídica está dada a efectos de establecer a quién le corresponde la obra.

- ***Especificación***

Se trata de una transformación.

La creación es lo que vale. En el acto intervienen bienes inmateriales (creatividad) y bienes materiales. Según Musto (2000, p. 455), la especificación ocurre cuando una persona produce con su trabajo o con su industria la transformación de una cosa ajena.

Consiste en la modificación de una materia prima en una nueva especie —*species nova*— que genera una propia individualidad; *v. g.*, uvas con las que se hace vino; el mármol del busto; el metal de la nave; la madera del mueble; la lana de la chompa.

Su regulación jurídica está dada a efectos de establecer a quién le corresponde la obra nueva —*res nova*, *nuba especia* (*species nova*)—, partiendo de la buena fe en su elaboración.

Esta discusión enfrentó a *sabinianos* y *proculeyanos*. Los primeros indicaron que la obra nueva pertenecía al dueño de la materia prima (accesión), el trabajo era algo accesorio; los segundos consideraron que le pertenecía al especificante, tomando en consideración que su trabajo era lo que realmente daba valor a la nueva obra y que la originaria perdía valor (destrucción). Una teoría intermedia, de los *erciscundi*, confería propiedad de la obra nueva al dueño de la materia prima si esta podía volver a su estado originario; en todo caso, si no era posible, la nueva obra correspondía al especificante (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 153).

Es el acto por el cual una persona (especificador), en el uso de sus propias habilidades, transforma una materia prima en una cosa nueva (Lôbo, 2015, p. 156). Un objeto es transformado en uno nuevo (*res nova*). La especie nueva no puede volver a su estado primitivo; la acción humana es definitiva (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 347). Siendo la materia de uno y el trabajo de transformación de otro, el problema es determinar quién es el dueño de la obra nueva. La materia es de *A*, y *B* quien la transforma, empleando su arte u oficio, en un nuevo producto. Materia y trabajo son de personas distintas (uno el titular, otro el especificador), de forma que debe identificarse quién es el titular del nuevo bien.

Ya lo dice Ramírez Cruz (2003, t. II, p. 154): la especificación se da "cuando una persona utiliza materia (prima) ajena y, sin autorización del dueño de esta, produce un nuevo objeto (bien) por medio de su arte o trabajo". A decir de Valencia Zea (2012, p. 382), para que haya especificación se requiere que —mediante el trabajo— se forme una *cosa nueva*, *novam speciem lacere*, origen del término *specificaio* (especificación).

Hay dos partes y un objeto que se transforma por acción de uno de ellos; siendo sus elementos los siguientes:

- El propietario de la materia (A)
- El especificador que trabaja la materia (B)
- Materia prima originaria de A (1)
- Labor realizada por el especificador de buena fe (ß)
- Bien nuevo (2)

Así tenemos los siguientes elementos:

- Personal (A y B)

- Material (1 y 2)

- Subjetivo (ß)

Podríamos graficarlos en la siguiente fórmula:

A (1) + B (ß) = B (2-1)

Propiedad individual. Con la especificación surge una propiedad individual. En este caso, quien elabora un objeto sobre la base de una materia ajena es el titular de aquel, pagando el valor de la materia utilizada. Lo que prima en esta institución es el valor del trabajo realizado para transformar la materia —la mano de obra, el ingenio, el *expertise*—, más que la materia en sí. El valor de la cosa resultante es superior, pues agregó creación, casi siempre inestimable, a la materia originaria —de menor valor— (Lôbo, 2015, p. 157). El Código no trata respecto del caso en que la materia sea valor superior a la mano de obra; en este caso, a decir de Maisch von Humboldt (1983, p. 93), la propiedad del nuevo objeto corresponderá al propietario de la materia, quien deberá pagar el precio por la mano de obra.

Maisch von Humboldt (1984, p. 52) nos dice que a la especificación, en lenguaje económico, se le denomina *valor agregado.* Valencia Zea (2012, p. 382) manifiesta que el concepto *cosa nueva* debe apreciarse con un criterio económico, donde el trabajo tenga mayor significancia que la materia.

Entre otros ejemplos, tenemos que es de mi propiedad la sortija que confecciono con oro tuyo; el vino que hice con tus uvas; el busto cincelado con tu mármol. Sortija, vino y busto son míos; solo debo pagarte el oro, las uvas y el mármol utilizados.

Dentro de estos criterios, los romanos consideraron también a la *scriptura*, *pictura*, *tinctura* y *textura,* siendo lo principal lo escrito, pintado

y bordado en material ajeno, correspondiéndole la propiedad al escritor, pintor o bordador. Así también, la *ferruminatio* (dos metales iguales soldados) y la *adplumbatio* (dos metales iguales soldados con un metal distinto). Véase que, en estos últimos casos, la especificación es el trabajo hecho en la superficie de dichos cuerpos (Borda, 2008, p. 280), lo cual rompe de la transformación. Los actos de reparación o mejora (arreglar una bicicleta, pintar un carro) no son especificación; son meros actos de acondicionamiento.

Esta es la solución que brinda el Código: "El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada" (art. 937). Se trata de un pago, no de una indemnización, de allí que deba liquidarse el valor de la materia acorde con el mercado, considerando la voluntad de las partes (vía transacción o conciliación) o, en su caso, determinado por el juez (sentencia) que solucione el conflicto de intereses.

La labor debe ser de buena fe. El Código hace prevalecer los intereses de aquel que modifica la materia ajena sin saber y sin haber debido saber, acorde con las circunstancias, que era ajena (Granda Boullón, 2007, p. 195). *A contrario sensu*, de haber sabido, estaríamos ante un acto delictivo, un delito contra el patrimonio (apropiación ilícita, hurto o robo) de la materia. En este caso, el dueño de la materia tendrá dos opciones: i) quedarse con la obra nueva; o ii) exigir el pago del valor de la materia, más los daños causados por el uso indebido.

En la *praxis,* hay especificación en la industria y en los oficios manuales (panadero, zapatero, carpintero, cocinero): son los llamados especificantes, artífices o fabricantes.

El Código no exige que el especificante ejecute personalmente los trabajos; puede encargarlos (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 155). Lo que sí queda claro es el caso de quien haga el trabajo no por encargo del propietario de las cosas, sino que lo haga para sí (Arias Schreiber, 1991, p. 251). Este, como el titular, puede ser persona natural o jurídica.

No constituye especificación, a decir de Gomes (2002, p. 196), la encuadernación de un libro, por más lujosa que sea, o la pintura en una superficie sin que cree una cosa nueva.

- ***Unión, mezcla y confusión***

Se trata de una agregación.

La unión de elementos es lo que vale. Bienes materiales.

Es conocida como la accesión industrial o mobiliaria. Son tres modos de adquirir propiedad mobiliaria.

Cuando dos cosas muebles de dueños distintos se unen en una sola; se funden, unen o mezclan, produciéndose el proceso de coalescencia (lat. *coalescens, -entis*, que se une o se funde) y forman un nuevo objeto, de tal modo que no pueden (salvo el caso de la adjunción) separarse ni distinguirse. La inseparabilidad es su nota característica. Son casos de auténtica accesión.

Hay dos partes y dos objetos que se transforman por acción de uno de ellos. Sus elementos son los siguientes:

– El propietario de la materia (A)
– El que trabaja las materias (B)
– Materia prima originaria de A (1)
– Materia prima originaria de B (2)
– Labor realizada por el especificador de buena fe (ß)
– Bien nuevo (3)

Así tenemos elementos: - Personal (A y B), - Material (1, 2 y 3), - Subjetivo (ß).

Podríamos graficarlos en la siguiente fórmula:

A (1) + A (2+ß) = A y B (3)

Copropiedad forzada. Con la unión, mezcla y confusión surge una copropiedad. El bien pertenece a los propietarios de las materias en proporción a los respectivos valores. El nuevo objeto es de copropiedad de los dueños de los objetos originarios. Si la mezcla se hizo de buena fe, debe pagarse el valor de la cosa empleada. Si fue de mala fe, además de pagar el valor de la cosa empleada, deberá indemnizarse por el daño causado, a efectos de evitar el enriquecimiento indebido.

Arias Schreiber (1991, p. 254) pone en consideración que, habiéndose optado por el sistema de copropiedad, debió haberse consagrado el supuesto del artículo 882 del Código del 36, que daba la opción de que si las materias empleadas fueran fungibles, podían entregarse o recibirse, indemnizando por el uso a sabiendas de que eran ajenas. Esto evitaría la copropiedad, lo que significa una solución salomónica y más real.

Maisch von Humboldt (1983, p. 98) planteó soluciones distintas:

- ***Accesio cedit principali***

– Adquiere el bien el propietario de la cosa principal, pagando su valor al titular de la cosa accesoria

– A falta de cosa principal, se efectuará la separación a costa de quien las unió sin consentimiento
– En caso de no ser separables las cosas, la propiedad del bien resultante es en proporción a sus respectivos valores

Entre estos casos o modalidades de accesión mobiliaria están:

- ***Unión***

Es el caso de la adjunción o incorporación.

Se trata de dos bienes de titulares distintos, que son utilizados, sin perder su individualidad, para crear otro bien. Implica separabilidad.

Como tal, no ha sido tratada por el Código. Según Arias Schreiber (1991, p. 249), no era necesario hacerlo, pues al no perderse la individualidad, cada una de las cosas unidas pueden separarse y ser devueltas a sus respectivos dueños.

V. g., el maniquí propiedad de María que se viste con prendas de Rosa (blusa, vestido, medias y zapatos) y con accesorios (sombrero, cartera, joyas, guantes) de Teresa. Esta creación —de interés para la moda—, de venderse, pertenece en partes proporcionales a las tres. También puede considerarse el engarce de una piedra preciosa de Juan en el aro de Pedro, o el espejo de María en el marco de Teresa.

- ***Mezcla***

Es el caso de la conmixtión, del latín *commixtio, -ōnis*, que significa "mezclar (mixtura o combinación) una cosa con otra".

Se trata de dos bienes sólidos, de titulares distintos, que son utilizados, perdiendo su individualidad, para crear otro bien y que luego no pueden ser separados. Son casos de auténtica accesión.

V. g., la ensalada de frutas o el puré que se hace con las frutas y papas de Juan y Pedro. *Blends* de café con granos de distintos dueños. La caliza, arcilla y agua que forman el cemento.

- ***Confusión***

A la mezcla de líquidos se le denomina confusión.

Se trata de dos bienes líquidos de titulares distintos, que son utilizados, perdiendo su individualidad, para crear otro bien. Dentro de este concepto incluiríamos los metales líquidos (mercurio), los cuerpos sólidos que a altas temperaturas se tornan líquidos (vidrio) y los gases. No pueden ser separados.

V. g., el líquido de una piscina: agua dulce, de Juan; agua tratada con químicos especiales, de Pedro; y el cloro y demás líquidos, de Manuel. O el colorante y el agua. También el pisco *sour* con ingredientes de distintos dueños.

En el caso del pisco *sour*, sería una mezcla/confusión. Aunque algunos de sus ingredientes son sólidos, pueden amalgamarse (huevo) o disolverse (azúcar), así como los propios líquidos como el pisco y el amargo de angostura de distintos titulares. ¿Quién sería el propietario del pisco *sour* si los ingredientes pertenecen a titulares distintos? Así también, la limonada o la chicha, el ron con Coca Cola o un chilcano.

De todos los casos mencionados, especificación y mezcla —como el *genus*— tienen escasa importancia, en la medida en que, en materia de bienes muebles, prima el principio de la posesión (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 158), prevaleciendo la regla contemplada en el artículo 948 del Código, como refiere Arias Schreiber (1991, p. 248).

Base legal: artículo 937.

Diferencias entre la especificación y unión, mezcla y confusión

Existe una diferencia entre especificación y mezcla. León Barandiarán (1983, p. 6) dice que la especificación se presenta "si yo utilizo materia bruta, digamos bronce, forjo un objeto especial, digamos una estatua"; y la conmixtión, "si utilizo dos objetos distintos para, mezclados, crear de esta manera uno nuevo".

Las diferencias las graficamos en el siguiente cuadro:

<table>
<tr><th></th><th>Naturaleza</th><th>Principal</th><th>Secundario</th></tr>
<tr><td>Especificación</td><td>Forma de adquirir propiedad</td><td>Trabajo humano</td><td>Material empleado</td></tr>
<tr><td>Unión</td><td rowspan="4">Accesión</td><td>Material empleado</td><td>Trabajo humano</td></tr>
<tr><td>- Adjunción</td><td colspan="2">Sólidos, separables, v.g., el engarce y la sortija</td></tr>
<tr><td>- Mezcla</td><td colspan="2">Sólidos, inseparables, v.g., cemento</td></tr>
<tr><td>- Confusión</td><td colspan="2">Líquidos, inseparables, v.g., ron con Coca Cola</td></tr>
</table>

De ello tenemos que si en la transformación de una cosa en un nuevo objeto lo principal es el trabajo y lo secundario el material, estaremos frente a un caso de especificación. Por el contrario, si en la transformación lo más importante es el material y lo secundario es el trabajo, estaremos ante un caso de unión.

15.1.5.3 Accesión

Antecedentes

Su origen es antiguo.

Se le consideró como el fenómeno por el que una cosa se adhería a la otra, por obra artificial o natural, integrándose ambas en un solo cuerpo o todo.

Etimología

Del latín *accessio* (de *accedere*, acercarse, ir a, para ser agregado a algo), que significa aumento, es añadir algo a una cosa de modo que se acreciente. El propietario lo es respecto del bien y de todo aquello que se le une. Lo que tengo y que va aumentando, todo es mío. Es una derivación del *ius adcrescendi*.

Concepto

Es lo que se une a una cosa; es juntar.

Denota el aumento de una cosa, en su volumen o valor, por fuerzas externas que implican el incremento de un bien. La cosa que accede pierde su existencia e independencia; el dueño de la cosa acrecida pasa a ser dueño de la cosa que accede (Lôbo, 2015, p. 131).

Rojina Villegas (2014, p. 96) considera que en esta institución están presentes dos principios:

- Lo accesorio sigue la suerte de lo principal
- Nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro

No es un medio común de adquirir propiedad en estos días; no suscita mucho interés.

Definición

Para el *Diccionario de la lengua española*, es un

> modo de adquirir el dominio, según el cual el propietario de una cosa hace suyo no solamente lo que ella produce, sino también lo que se le une o incorpora por obra de la naturaleza o por mano del hombre, o por ambos medios a la vez, siguiendo lo accesorio a lo principal.

La accesión es un modo originario de adquirir la propiedad, tanto mueble como inmueble. En virtud de ella, el propietario de un bien adquiere lo que se une, adhiere o incorpora materialmente a aquel, sea natural o artificialmente. En consecuencia, la accesión es un modo de adquirir el dominio,

basado en la adherencia o incorporación de elementos extraños a los bienes de nuestra propiedad (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 160).

La accesión es aquel modo originario de adquirir el dominio, según el cual el propietario de un bien hace suyo no solamente lo que ella produce, sino también lo que se le une o incorpora por obra de la naturaleza o por mano del hombre, o por ambos medios a la vez, siguiendo lo accesorio a lo principal (Varsi Rospigliosi y Torres Maldonado, 2016, p. 132).

La accesión es un modo de adquirir todo lo que se junta a una cosa, sea natural, sea artificialmente. Como dicen Alessandri et al. (1991, p. 295), el hecho material que produce el efecto jurídico de operar la adquisición del dominio es la unión de una cosa a otra, y como este fenómeno solo es posible en las cosas corporales, la accesión es un modo de adquirir que solo se aplica a estas.

Así, la accesión es el modo de adquirir la propiedad de una cosa ajena que viene a incorporarse económicamente a la cosa principal. En consecuencia, solo cuando una cosa distinta se adhiere –natural o artificialmente– a otra de nuestra propiedad, podemos decir que hemos adquirido algo nuevo "a título de accesión", que algo nuevo se ha agregado a lo que ya se tenía (Mariani de Vidal, 2009, p. 326).

En el ámbito legislativo, en de Cataluña se le ha definido así: "Por derecho de accesión mobiliaria, pertenece a la persona propietaria de una cosa principal lo accesorio que se le adhiere, natural o artificialmente, y que se integra en una sola cosa de forma indivisible, inseparable, estable y duradera"[25]. Algunos códigos civiles indican que la propiedad de un bien da derecho a adquirir lo que a este se une o se incorpora natural o artificialmente (*v. g.*, art. 1919 – I, Código Civil de Quintana Roo).

Peñailillo (2014, p. 205) precisa:

> Cuando una cosa se una a otra y, por disposición de la ley, el dueño de ésta ha de ser dueño de la primera, se dice que ha operado la accesión como modo de adquirir. La primera ha adquirido a la segunda. El dueño de la segunda ha adquirido el dominio de la primera por accesión.

Es un modo de adquirir dominio mediante adherencia o incorporación de elementos en nuestra propiedad.

---

25 Artículo 18 de la Ley 25/2001, 31/12/2001, De la accesión y la ocupación. La presente Ley regula la accesión y la ocupación como títulos adquisitivos exclusivos del derecho de propiedad en Cataluña.

Naturaleza jurídica

Es un medio originario de adquirir propiedad respecto de todo aquello que se une o adhiere materialmente a un bien (Maisch von Humboldt, 1984, p. 52); esta es la posición unánime.

Peñailillo (2014, p. 200) manifiesta que la doctrina objeta a la accesión como uno de los modos de adquirir propiedad, tomando en cuenta que en las accesiones no hay voluntad del adquirente, cuando la voluntad es un elemento fundamental en los demás modos de adquirir propiedad.

Así, surge la posición planteada por Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005, p. 45) cuando indican que la accesión es un tipo de modificación del derecho real, pues varía (cambia o altera) el objeto o cosa sobre la que recae el derecho real[26].

En cuanto a su naturaleza jurídica, gran parte de la doctrina considera que la accesión, como modo de adquirir la propiedad, implica reconocer el adagio *Accesio cedit principali*. El tema está en determinar qué es principal y qué es accesorio (función, valor, volumen).

Así las cosas, su naturaleza jurídica devanea, en la doctrina, entre un modo de adquirir propiedad o una forma de modificación del derecho real.

Requisitos

Para Flórez Roncancio (2012, pp. 108 y 109), los requisitos de la accesión son:

- Deben existir dos bienes: principal y accesorio (nada impide que sean más de dos).
- Los bienes, el principal y el accesorio, deben formar un nuevo y único bien.
- La unión de los bienes producida no debe ser fácilmente separable.
- Sobre un bien (el principal), el sujeto debe tener un dominio previo; sobre el segundo bien (el accesorio), el mismo sujeto no debe tener un dominio previo.

Por su parte, Vieira (2008, p. 677 y ss.) señala que, básicamente, dos son los requisitos:

---

26 Los autores citados indican que las modificaciones del derecho real pueden ser de diverso tipo: *en relación con su titular* (modificaciones subjetivas), que se originan cuando varía el número de personas a las que pertenece el derecho o se modifica su cuota de participación en el total del derecho; o con relación al bien (modificaciones objetivas), cuando el objeto sobre el que recae sufre alguna transformación.

– *Unión de dos (o más) bienes.* Este es el fundamento fáctico de la accesión. En virtud de cualquier causa –natural o acción del hombre, intencional (voluntaria) o causal (fortuita) – dos o más cosas se combinan, se funden en otra. Es un fenómeno de orden físico, material (orgánico, químico). Se requiere de una unión, adherencia o incorporación de unos bienes a otros (de titulares distintos), siendo estos hechos los que la configuran (González Linares, 2012, p. 419). Esto puede pasar de tres maneras:

  - Natural
  - Artificial
  - Funcionamiento combinado de naturaleza e industria

  Si es natural, se trata de un hecho jurídico; si es artificial o mixto, se trata de un acto jurídico, por intervenir la voluntad del hombre.

  Inseparabilidad de la cosa resultante. Hay una incorporación definitiva. Dos cosas pierden su autonomía: entrambas crean otra cosa. La unión debe ser duradera, no precaria ni susceptible de separarse y adquirir su autonomía original. Esto hoy es relativo, dado que la tecnología permite separar todo y de todo.

Beneficiarios

El Código señala que el beneficiario de la accesión es el propietario; así, el artículo 938 plantea que "el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él".

Ahora bien, la doctrina (Vieira, 2008, pp. 700 y 701) ha manifestado que siempre que la unión o mixtura se dé en el ámbito de contenido de un derecho real menor (de goce), el titular de este derecho se beneficia de la accesión. Cita un práctico ejemplo:

> *A* es usufructuario del predio X, propiedad de *B*, que está afecto al cultivo de cereales. *C* realiza de buena fe la siembra de trigo en el predio X. Quien se beneficia de la siembra, en todo caso con la cosecha, no es *C* ni *B*, sino *A*, como titular del derecho real de usufructo que tiene sobre el bien.

El usufructuario, superficiario, usuario o el titular de la servidumbre predial puede ser titular del derecho de accesión, tomando en consideración que la unión o mixtura que envuelve a la cosa materia del objeto del derecho real estaba comprendida en el contenido de ese derecho (Vieira, 2008, p. 702).

Cabe señalar que el derecho que se adquiere por la accesión es siempre el de propiedad. De esta manera, el titular de un derecho real menor (usufructo) que se beneficia de la accesión no determina que el derecho

adquirido sea el mismo que le permitió la accesión (usufructo). El derecho adquirido vía accesión es siempre el de propiedad, a pesar de que el derecho que permitió la accesión sea otro derecho real (Vieira, 2008, p. 703).

Autonomía de la voluntad

La accesión tiene carácter subsidiario, *i.e.,* se da a falta de voluntad expresa de las partes. La accesión solo opera cuando la unión o mixtura de bienes de propietarios diferentes no es regulada por otro régimen distinto (Vieira, 2008, p. 684).

Guido Alpa, citado por Vieira (2008, p. 683), precisa que las partes pueden, en mérito al principio de autonomía privada, regular negocialmente la unión o mixtura de las cosas que les pertenecen, de forma que la situación quede sujeta a las reglas del negocio jurídico en cuestión y a las reglas de la accesión. Cimentando la idea, Vieira plantea como ejemplo la constitución del derecho de superficie como el caso más claro de una situación no sujeta a un régimen negocial en la que el régimen de la accesión no se aplica. En efecto, sobre un bien se superpone otro bien, manteniendo ambos su plena independencia, como es el caso de la propiedad predial (del superficiante) y la propiedad superficiaria (del superficiario).

Momento de adquisición

Afirma Lôbo (2015, p. 132), que la transferencia de propiedad de la cosa incorporada o unida opera inmediatamente desde el momento de la incorporación o unión: no depende de sentencia judicial o de registro. La transferencia se da por fuerza de la ley (*ope legis*).

Clases

La accesión puede ser:

- ***Accesión continua***

Llamada por incorporación.

Es la accesión propiamente dicha o *per se*.

La accesión en *stricto sensu*; la trata de forma directa el derecho.

Es producida por la unión de una cosa exterior con otra, de afuera hacia adentro (Arce y Cervantes, 2012, p. 58). Acción centrípeta.

Es la unión permanente de dos o más cosas originariamente separadas que pasan a formar un todo indivisible. El legislador tiende a considerar que las cosas unidad de distintos dueños pertenezcan a un solo propietario,

con lo que evitan una separación que pueda destruirlas o desmejorarlas (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 303).

- ***Accesión discreta***

Llamada de *frutos*.

Es la accesión esporádica o accesión por producción. Producida por la fuerza interna de la cosa, de adentro hacia afuera (Arce y Cervantes, 2012, p. 58). Acción centrífuga.

En mérito de ella, "el dueño de una cosa es dueño de lo que la cosa produce". *Quod ex re nostra nascitur, nostrum est* (lo que nace de una cosa nuestra, nuestra es). La propiedad se extiende a los accesorios y productos del bien principal (art. 889).

Para Valencia Zea (2012, p. 374) no es un caso de accesión, pues lo que una cosa produce (sus frutos) antes de ser separado de ella, constituye una parte integrante. Realizada la separación, se da un caso de *disección* (separar), no de *accesión* (juntar). También Velásquez Jaramillo (2014, p. 301) considera que se trata de una simple extensión del derecho real de propiedad. Los frutos los goza el propietario del bien en razón de que derivan de este. Los frutos y productos son una extensión de la propiedad.

- ***Accesión inversa***

Accesión invertida.

Lo accesorio es el terreno; y lo principal es lo edificado.

Invasión por edificación de buena fe. Está consagrada en el artículo 944 (extralimitación del constructor), norma que trata de la invasión de buena fe de propiedad ajena por edificación. En este caso, "el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido".

Construcción social sobre suelo propio. Está consagrada en el artículo 310. Se aplica en el derecho de familia cuando se produce una construcción extralimitada. En este supuesto, los cónyuges construyen una fábrica sobre un predio[27] que tiene la calidad de bien propio. Por regla general, y con base en el principio *superficies solo cedit* (el dueño del suelo hace suyo todo lo que se une o se incorpora al mismo), lo edificado correspondería al cónyuge titular del predio;

27 Debe entenderse también el caso de los aires. Es en este sentido que la Corte Suprema ha señalado que debe considerarse como bien social lo que se haya construido sobre los aires entregados en anticipo de herencia a uno de los cónyuges. Cas. 38-2016-Lima.

sin embargo, no es así: se hace primar, en este caso, el interés conyugal de la comunidad de bienes, adquiriendo la calidad de bien social del predio sobre el cual se ha levantado una edificación con capital de la sociedad de gananciales.

Es un bien social el edificio construido a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso (art. 310, último párrafo). Tómese en cuenta que la solución del artículo 310 es diversa de la del artículo 941 del Código.

Diferencias entre las mejoras y la accesión

Las mejoras implican una actividad tendiente a la perfección de la cosa a fin de evitar su menoscabo; la accesión es una forma de adquirir propiedad como consecuencia de la unión de una cosa con otra.

La mejora permite que la cosa no se deteriore; en todo caso, que no pierda su valor o utilidad. La accesión implica la alteración, el cambio de titularidad de un bien al unirse con otro.

Pires de Lima y Antunes Varela, citados por Vieira (2008, p. 685), nos dicen que la diferencia estriba en que las mejoras se aplican en beneficio de un bien por parte del poseedor inmediato, mientras que la accesión es un fenómeno que viene del exterior, de un extraño, de una persona que no tiene contacto jurídico con el bien.

La regla es la accesión; la excepción es aplicar las mejoras cuando la ley lo determine.

Accesión de inmueble a inmueble

Implica un hecho de la naturaleza.

Es la denominada *accesión del suelo*, *accesión natural* o *accesión natural inmobiliaria*.

El momento de adquisición de propiedad mediante este tipo de accesión se da con la unión de las cosas (Vieira, 2008, p. 710).

- Aluvión

Del latín *alluvio, -ōnis*. *Alluvio* significa "avenida fuerte de agua", "inundación".

Para el *Diccionario de la lengua española*[28], el aluvión es "4.Der. Accesión paulatina, perceptible con el tiempo, que en beneficio de un predio ribereño va causando el lento arrastre de la corriente".

28 <www.rae.es>, consultado el 5 de marzo del 2016.

Llamado también accesión lenta de tierras por sedimento, *incrementum latens*, *acrescimo paulatino*. Algunos lo llaman *riada*, refiriéndose a los casos de inundación o desbordamientos.

Es el suceso lento, paulatino, insensible, imperceptible y definitivo de incremento de tierra como consecuencia de las corrientes de agua de los predios ribereños (mar, río, arroyo o lago). Depende de la corriente natural del agua (álveo o cauce). Dice Díez-Picazo (1986, pp. 180 y 181) que este lento arrastre produce erosión en unas tierras y sedimentación de sustancias arrastradas en otras; unas decrecen y otras acrecen. Precisa Borda (2008, p. 286) que si se trata de corrientes de agua de ríos canalizados, con márgenes de diques artificiales, el límite de la propiedad ribereña es el de las paredes del canalizado.

Puede ser:

– *Impropia*, por el retiro natural de las aguas.

– *Propia*, por el arrastre sucesivo, paulatino e imperceptible de sedimentos que aumentan los predios adyacentes al cauce, perteneciendo estos a los propietarios ribereños.

Los sedimentos (*abluvio*) van a aumentar el área del predio ribereño o terreno aluvial (*adluvio*) y pertenecerán al propietario del fundo.

Valencia Zea (2012, p. 376) precisa que el retiro brusco o violento de aguas no es accesión, como tampoco el suelo que el agua ocupa y desocupa en crecidas y menguantes periódicas; ese suelo es parte de la ribera o cauce. Tampoco es aluvión el terreno que se quita a las aguas en virtud de la obra del hombre.

Es típico en los predios rurales o agrarios.

Base legal: artículo 939.

- Avulsión

Del latín *avulsio, -ōnis*, "desprendimiento de tierra".

Encontramos en el *Diccionario de la lengua española*[29]: "1. f. Med. extirpación", lo cual implica un arrancar de cuajo o de raíz.

Llamada también segregación, accesión violenta de fundos ribereños, *incrementum patens*.

29 <www.rae.es>, consultado el 5 de marzo del 2016.

Es el desprendimiento de tierras por fenómenos de la naturaleza, terremotos, deslizamiento de tierras por lluvias intensas (Lôbo, 2015, p. 133). Se da cuando una porción del predio es arrancada por la fuerza del agua y se une a otro. Es una forma de accesión relativa, no total (parte de un predio). Es la pérdida violenta y repentina de tierra por abandono o cambio del cauce, lo que genera el aumento de otro predio.

En este caso, el primer propietario puede reclamar su propiedad, debiendo hacerlo dentro de dos años del acaecimiento. Vencido el plazo, perderá su derecho de propiedad, salvo que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella.

A criterio de Borda (2008, p. 289), la avulsión supone solo las cosas susceptibles de adherencia natural (tierra, arena, plantas); no procede la avulsión respecto de cosas no susceptibles de adherencia natural, como materiales de construcción o muebles (en estos casos se aplica el criterio de las cosas perdidas).

El Reglamento[30] de la Ley 29338[31] indica en el capítulo "Cauces, riberas y fajas marginales" lo siguiente:

> Artículo 121.- Pérdida de la propiedad de terrenos adyacentes a fajas marginales. Cuando las aguas, por causas propias de la naturaleza, arrancan una porción considerable y reconocible de un terreno colindante con la faja marginal, el propietario perderá su derecho de propiedad, si dentro de los siguientes dos años de ocurrido el evento no inicia las acciones necesarias para su recuperación. En este caso pasa a formar parte del dominio público hidráulico.
>
> Artículo 122.- Del aislamiento de un predio por un nuevo cauce. Cuando un nuevo cauce deje aislado o separados terrenos de un predio o estos fueran inundados con motivo de las crecientes de las aguas, dichos terrenos continuarán perteneciendo a su propietario, cuando éstas se retiren.

Base legal: artículo 940.

En nuestro medio, la avulsión subsume a:

- Formación de isla, *insula in flumine nata*.
- Mutación del cauce del río (álveo), *alveus derelictus*.

30 D. S. 001-2010-AG (DOEP, 24 de marzo del 2010) y D. S. 023-2014-MINAGRI (DOEP, 27 de diciembre del 2014).

31 Ley de Recursos Hídricos, DOEP, 31 de marzo del 2009.

A tenerse en cuenta para los casos de aluvión y avulsión: Los artículos 939 y 940 deben ser interpretados a la luz del inciso 1 del artículo 6 de la Ley 29338, que considera que son bienes asociados al agua "g. los terrenos ganados por causas naturales o por obras artificiales al mar, a los ríos, lagos, lagunas y otros cursos o embalses de agua". En este sentido, los terrenos ganados son del Estado. Respecto de los bienes asociados al agua no existe la *res nullius*, de manera que lo ganado es un bien de dominio público hidráulico (art. 7 de la Ley). A mayor detalle, "los bienes naturales asociados al agua son bienes de dominio público hidráulico, en tal sentido no pueden ser transferidos bajo ninguna modalidad, ni tampoco se pueden adquirir derechos sobre ellos" (numeral 3.1 del artículo 3 del Reglamento de la Ley).

Accesión de mueble a inmueble

Implica una acción humana.

Llamada *accesión vertical*, *industrial* o *artificial*, es una regulación del *ius aedificandi*, que se desprende del derecho de disposición.

Es cuando se construye (*inaedificatio*), planta (*implantatio*) o siembra (*satio*) en suelo ajeno, utilizando materiales o semillas de pertenencia distinta del titular del suelo.

- Edificación en terreno ajeno
  - De buena fe
  - De mala fe
  - Mala fe del propietario del suelo
- Plantación, plantificación o siembra
  - De buena fe
  - De mala fe

Aquí se aplican, siguiendo las *Instituciones* de Gayo[32], las siguientes reglas:

- *Superficie solo cedit* (La superficie cede al suelo); y
- *Omne quod inaedificatur vel plantatur solo cedit* (Todo lo que se construye o planta es del suelo).

Todo aquello que se incorpora al inmueble pertenece a él y, por tanto, al titular del respectivo inmueble; *in utroque terminis,* aquello que se edifica por cuenta de otro en nuestro predio nos corresponde: la construcción cede

32 Dig. 41, 1, 7. §. 10. f. Gai.

al terreno. Este principio es una derivación del principio *Accesorium sequitur principale*, así como del uso *Si quis in alieno*: si uno con sus materiales edificase una casa en terreno de otro, será la casa de aquel de quien es el terreno.

El momento de adquisición de propiedad mediante este tipo de accesión se da con el pago del valor de la edificación o de la indemnización (Vieira, 2008, p. 711).

La regla *superficie solo cedit*, procedente del derecho romano, trae a nuestro ordenamiento una máxima que impide, salvo en aquellos supuestos previstos en la ley, la disociación de la propiedad inmobiliaria: el dueño del suelo, titular del *ius aedificandi*, lo es también de lo construido, sembrado o plantado, tanto por él como por terceros, salvo que estos sean titulares de un derecho de superficie, de aprovechamiento separado o de propiedad horizontal; la construcción, si no está en alguno de estos casos, no abre folio registral ni es inscribible; solo lo es la finca (Bayod López, 2012, p. 264).

La construcción en suelo ajeno es una modalidad de accesión, particularmente importante en nuestra realidad sociológica, por lo que el tema es de alta conflictividad en los tribunales. En tal caso, lo que se busca es evitar la incertidumbre jurídica producida por la existencia de dos propietarios sobre un mismo bien inmueble (el del suelo y el del edificio), y como un régimen de copropiedad es considerado antieconómico, la solución legal pasa por atribuir la propiedad a uno solo de los sujetos, con la obligación de restituir lo que signifique un enriquecimiento sin causa (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 995).

Dentro de tal orden de ideas, en principio, la propiedad del bien unido o adherido es adquirida por aquel propietario del bien al que se une o adhiere el primero, aunque como veremos en el esquema de la página 195, existen diversos matices.

Base legal: artículos 941 a 945.

En relación con la mala fe del propietario del suelo, el artículo 942 del Código Civil, considerando la mala fe con la que se condujo el *dominus soli*, traslada el ejercicio del derecho potestativo al poseedor que edificó de buena fe, quien podrá (Varsi Rospigliosi y Torres Maldonado, 2016, p. 140):

- Comprar el terreno al precio actual comercial; o
- Exigir al propietario del suelo el pago del valor actual de la edificación.

Naturalmente, en cualquiera de ambos casos el *dominus soli* resulta perjudicado, toda vez que en un caso se vería obligado a vender su terreno; o, en todo caso, tendría que pagar el valor actual de una edificación que no corresponde a sus gustos o necesidades (Godenzi Montañez, 2007, p. 207).

Accesión industrial			
Edificación de buena fe en terreno ajeno	***Edificación de mala fe en terreno ajeno***	***Invasión de buena fe de propiedad ajena por edificación*** ***Accesión invertida***	***Edificación o siembra con materiales ajenos***
Artículo 941.- Cuando se edifique de buena fe un terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno. ***Edificación en terreno ajeno - Mala fe del propietario del suelo*** **Artículo 942.-** Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.	**Artículo 943.-** Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor.	**Artículo 944.-** Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido. Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente. Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943. **Artículo 310.-** […] También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.	**Artículo 945.-** El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Respecto de la accesión de propiedad por edificación de mala fe en terreno ajeno, la jurisprudencia ha determinado que, para que se produzca este supuesto, la edificación debe ser sobre terreno ajeno, *i. e.*, que exista un título sobre el bien; así, al existir dos títulos inscritos de propiedad sobre el bien *sub litis,* no procede este tipo de accesión. "…La accesión tiene como fundamento la construcción en terreno ajeno, lo que por el momento no es posible determinar; correspondiendo previamente, dilucidarse la nulidad del título registral de los demandados…"[33].

Es poseedor de mala fe aquel que entra a la posesión y construye sin título alguno para poseer; o el que conoce los vicios de su título que le impiden edificar con derecho. Al respecto, el artículo 693 del Código Civil uruguayo dispone que es "poseedor de mala fe, aquel a quien consta que le falta título para poseer o que el que tiene es vicioso o insuficiente" (Varsi Rospigliosi y Torres Maldonado, 2016, p. 141).

En ese entender, si el constructor obra de mala fe, se aplica con mayor razón la máxima *superficie solo cedit*, en consecuencia, el dueño del terreno se convierte automáticamente el titular de la edificación, sin obligación de pagar valor alguno. En forma alternativa, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado más el pago de la indemnización correspondiente. (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 1000).

Con respecto a la reivindicación y accesión de edificación, en el Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil 2016 de la Corte Superior de Lima se concluyó que sí se puede declarar fundada una demanda de reivindicación de un predio sobre el que el demandado construyó de buena fe; además, debe darse la opción al accionante de proceder conforme a las facultades previstas en el artículo 941 del Código Civil[34].

Vigencia del principio Superficie solo cedit

De acuerdo al principio *superficie solo cedit*, el propietario del suelo hace suyo lo que se incorpora a este; el suelo, en mérito a su mayor trascendencia económica, absorbe todo aquello que sobre él reposa. La moderna doctrina representada por Díez-Picazo (1986, p. 172) indica que este principio representa un anacronismo, ya que hoy la tierra no es, necesariamente, lo principal ni lo más valioso. La tierra puede ser perfectamente lo accesorio, y lo construido (por su valor en inversión) puede terminar siendo lo principal.

33 Cas. 328-2014-Callao.

34 Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil 2016 de la Corte Superior de Lima.

La tierra no siempre es lo principal y lo construido sobre ella lo accesorio; puede ser que la construcción represente un mayor valor que el suelo (es lo que suele suceder últimamente con las megaestructuras: puentes, rascacielos, estadios, urbanizaciones, represas). En este caso, se valora más la construcción que el suelo. Se da un cambio en las reglas de derecho romano con base en el derecho común. El otrora valor agrario y artesanal de la tierra pierde valor frente a las megaestructuras que yerguen y se levantan sobre la tierra.

En mérito de ello, según Díez-Picazo y Gullón (1986, p. 173), este principio debe desterrarse, debiendo aplicarse en la solución del conflicto de intereses la buena o mala fe con la que se produzca la unión o incorporación de cosas, además de la adecuada valoración de lo principal y lo accesorio, no siendo necesariamente, en ciertas ocasiones, la tierra lo principal, sino la edificación, de *Superficie solo cedit* a *Aedificatio solo cedit*.

Accesión natural

Implica un hecho de la naturaleza.

Es el caso de la adquisición de crías, de los frutos naturales.

Antecedentes

El viejo Código de Louisiana, de acuerdo con la ley romana, decía que los esclavos aún no nacidos durante el uso temporal de sus madres, no pertenecían al arrendador de la esclava, sino al dueño permanente. Pero la descendencia de un esclavo nacido durante un alquiler vitalicio pertenecía al arrendatario de por vida. Caso curioso que trata de la propiedad de la descendencia humana cuando estaba de por medio la esclavitud. Y es precisamente lo que trata el artículo 946 del Código: la propiedad de la descendencia de los objetos animados.

Aparicio Gómez Sánchez (1943) se dedica con precisión a los antecedentes de esta norma. Dice que el derecho romano trató de esta accesión en el *Digesto*, en el sentido de que "si tu caballo hubiese preñado a mi yegua, lo que nació no es tuyo sino mío"[35]. Por su parte, la Ley de las Siete Partidas indicó que "el fruto que saliere de las bestias debería ser de los propietarios de las hembras que los pariere; y los propietarios de los machos no tendrán derecho alguno sobre los frutos, salvo convenio"[36].

---

35 D. 5, I, VI, 2.
36 25, XXVIII, III.

En el Perí, la primera parte de este artículo tiene su referencia legislativa en el artículo 880 del Código del 36, que en el título de la propiedad mueble regulaba la *adquisición por accesión natural* bajo la premisa de que "Los dueños de animales hembras adquieren las crías, salvo pacto en contrario". El Código del 52 trataba la materia dentro de la sección "Modos de adquirir el dominio", en el título II, "Del derecho de accesión", y denominaba a la institución en forma expresa como la accesión natural en el artículo 494: "Pertenecerán al propietario, por *accesión natural* [cursivas añadidas], las crías de sus animales...".

Como se aprecia, el artículo 946 tiene antecedentes remotos. Su antigüedad y poca trascendencia en la práctica jurídica de hoy le restan actualidad legislativa, dado que el hombre está ensimismado en otros problemas, son otras sus exigencias legales, mucho más complejas que la de la propiedad de la cría de los animales; al menos eso es lo que se ha sostenido. Sin embargo, el problema no se acaba allí: la taxatividad de esta figura resulta sobreabundante, en el sentido de que no requeriría de un artículo expreso. Los supuestos desarrollados en ella pueden resolverse perfectamente con la teoría general de los frutos; razón clara es la codificación civil comparada, en la que no hay mayores referencias a un artículo similar.

El Código del 84, siguiendo a sus predecesores, regula la figura en el título de "La propiedad", subcapítulo "Accesión".

Generalidades

El sustento del artículo 946 es establecer quién es el propietario de la cría parida por el animal hembra.

Hay dos posiciones para dar solución al supuesto planteado. Por un lado, se toman en cuenta los argumentos de la teoría de la accesión, en especial de la accesión natural discreta. Por otro lado, se utilizan los principios de los frutos, más en concreto, de los frutos naturales.

Analicemos cada posición.

Accesión especial

Con referencia a las crías de los animales, se ha sostenido en nuestro medio (Arias Schreiber, Castañeda, Maisch von Humboldt) que este artículo regula una forma de accesión natural, en especial una accesión discreta (Escriche, 1884), pues es un derecho que se tiene respecto a las cosas que nacen de las nuestras, como son las crías, llamándosele *discreta* a este tipo de accesión, debido a la separación de cuerpos.

Arias Schreiber (1991, pp. 273 y 274) indica que en el artículo se produce el fenómeno de la dirección centrífuga, que se fundamenta en la dinámica "de adentro hacia fuera", que es una particularidad de la accesión natural. Y es que, continúa el maestro sanmarquino, la maternidad es un movimiento centrífugo caracterizado por la expulsión de la cría por obra de un proceso natural (el parto). Debe aclararse que no es un caso de *accesión de animales*, pues esta alude al derecho del propietario de un predio para adquirir el dominio de los animales domesticados que emigran de su lugar de origen y que, libremente, sin que aquel los atraiga por ningún medio, se introducen en su propiedad y toman la costumbre de vivir allí.

Fruto natural

El crecimiento de un animal, el rendimiento de un campo, la renta de una casa, etc., pertenecen al dueño del animal, del campo y de la casa, respectivamente. La descendencia de un animal hembra es propiedad de su dueño, aunque sea el resultado de la integración con el macho de alguien más. Como se verá más adelante, tratándose de una fecundación natural, la cría será un fruto natural, y tratándose de una fecundación asistida, la cría será un fruto industrial. Además, no existen bienes exclusivamente naturales o industriales, pues en ambos tipos está la intervención de la mano del hombre o el trabajo del hombre.

Posición jurídica actual

La jurisprudencia colombiana ha marcado la diferencia entre la accesión continua y la accesión discreta. Ha dicho que la accesión civil es un modo de adquirir el dominio y ha sido estructurada a fin de determinar la titularidad sobre bienes que se han juntado pero que son de distintos dueños, inspirándose en el pensamiento de que la propiedad de lo principal determina la de lo accesorio. Solo la accesión continua, que acontece cuando se juntan cosas de distinto señorío, es verdadera accesión, no así la discreta, que tiene lugar cuando la cosa produce frutos naturales o civiles. En este último caso, se está frente al desarrollo natural del derecho de dominio sobre la cosa (*ius vel dominium*) y se trata, en consecuencia, de uno de los atributos de la propiedad, el *ius fruendi*: "Las cosas fructifican para su dueño"[37].

El Código Civil establece un modo adquisitivo de propiedad, diferente de la extensión del dominio a los frutos de la cosa, para obviar el debate sobre si las crías son frutos paternos o maternos. Sin embargo, este tipo de accesión natural se contrapone con la esencia de la institución de la

37 Corte Suprema de Justicia, Colombia, Sala Plena, Sentencia de 13 de julio de 1989.

accesión, la cual es la unión de una cosa a otra de manera permanente. Analizando el texto comentado, el nacimiento de una cría es más bien su separación física, siendo un fruto natural de otros animales y, como tal, pertenecerá al dueño de estos (Cuadros Villena, 1994).

Los frutos del bien le corresponden al propietario por extensión del dominio, no por accesión (Castañeda, 1958). El tratadista en derechos reales, Laquis (1979, pp. 571 y 572), menciona que la accesión supone la incorporación de una cosa a otra, por lo que debe ser distinguida de la accesión producto de la extensión del derecho de propiedad que comprende virtualmente la de los objetos que la cosa es susceptible de producir.

En casi todos los códigos, al tratarse la accesión, se toma como principio aquello de que "pertenecen al dueño de la cosa, por derecho de accesión, los frutos naturales de ella y todo lo que produce", situación que es grave y confunde los principios, pues en tales casos no hay adquisición de propiedad. Concluye Laquis (1979, p. 573) que sería absurdo decir que una cosa viene a ser mía por accesión cuando ella se separa. Mis derechos sobre los productos separados de la cosa no pueden ser sino la continuación del derecho que tenía antes de su separación. Queda distinguida así la accesión como modo de adquirir propiedad, de la accesión resultante de la extensión del derecho de la propiedad a las cosas que puede producir.

Como dice Epstein (2003-I):

> universalmente, el propietario del animal hembra también era reputado propietario de su cría[38]. Esta práctica deriva de la manifiesta inconveniencia de las otras alternativas. En efecto, tratar a la cría como una *res nullius* permitía que algún intruso pudiera robarle el recién nacido a su madre, lo cual no podría ocurrir bajo la regla preponderante que eliminaba cualquier peligroso vacío con respecto a la propiedad.
>
> Tampoco tenía sentido alguno entregar la cría al propietario del predio en el cual se produjera el parto, ya que dicha regla solo induciría al propietario de un animal a retenerlo en contra de su inclinación natural, pudiendo reducir las posibilidades de una reproducción exitosa. Tampoco tenía sentido asignar la cría en copropiedad a los propietarios de

38 *Vid. Animals*, en: *American Jurisprudence*, Second Series N.º 4, sección 10, p. 257: "La regla general, a falta de pacto en contrario, es que la cría o incremento de animales domados o domesticados pertenezca al propietario de la madre ... A este respecto, el Common Law coincide con el Derecho Civil y se fundamenta en la máxima *partus sequitur ventrem* (...) Asimismo, la cría de la cría, *ad infinitum*, de animales domésticos está incluida en la norma y pertenece al propietario del ganado original. Carruth *vs.* Easterling" (Missisipi, 1963), en: Southern, Second Series, 150, pp. 854-855.

> ambos padres, macho y hembra, asumiendo que el primero estuviera en cautiverio. Nunca es fácil identificar al padre y, aun cuando se conozca con seguridad cuál es, una regla de copropiedad obliga a los vecinos a una comunidad no deseada entre prácticamente extraños. Cualquiera que desee la copropiedad puede contratarla voluntariamente. Por ello, la regla que asignaba la cría a la madre fue tratada como una proposición universal de Derecho Natural (p. 83).

En conclusión, las crías de los animales son frutos y corresponden al propietario de la hembra que los parió.

Propiedad de la cría

La premisa consagrada en el artículo 946 es que "la cría del animal es de propiedad del dueño de la hembra que la parió". Las consideraciones que se toman en cuenta son las siguientes:

- Económicas.- El proceso de gestación y parto, así como cuidado de la rastra hasta su destete, es toda una inversión económica para el dueño de la hembra, por lo que se justifica su propiedad sobre la camada. Los gastos incurridos en el mantenimiento del animal hembra preñado y el futuro cuidado de la cría se ven compensados con la propiedad de la descendencia.
- Biológicas.- La trascendencia biológica de la hembra es mayor que la del macho, razón por la cual la cría ha de pertenecerle al propietario del animal que más aporta para el desarrollo de esta. En ese sentido, se ha sostenido –y en esta materia con legitimidad– que es a la madre a quien corresponde la gestación y el sacrificio que supone el parto y la lactancia, por lo que la cría es una porción de las entrañas de la madre: *portio viscerum matris* (Castañeda, 1958, p. 254)
- Jurídicas.- Se aplica el principio de que la maternidad está antecedida por el parto y este por la gestación, hechos biológicos típicos de la hembra. Se aplica el axioma *ventrem de sequitur de partus.* De aquí nace la calidad de ser un fruto.

El artículo 946 se ha estructurado tomando en cuenta la propiedad de la cría respecto de aquellas especies de animales uníparas, es decir, las que paren sólo una cría: el articulado dice en sentido singular que "el propietario del animal hembra adquiere la cría". Esta situación es distinta de la de las especies de animales multíparas (que son las más comunes), en las que —con base en un criterio de equidad— al propietario del macho ha de corresponderle parte de la camada o ventregada.

De la fecundación natural - accesión natural

Implica un hecho de la naturaleza, vinculado al poder reproductivo del animal.

Producto de la fecundación natural —del cruce del macho con la hembra—, se concibe a la cría en el útero del animal hembra. Dado que la monta (cruce o acaballamiento) se ha producido con un animal que no es del propietario de la hembra, es preciso determinar a quién le corresponderá la cría, tomando en consideración que los animales, como objetos de derecho, tienen un dueño y pertenecen a alguien, es decir, a un sujeto al que le corresponde la propiedad de esos bienes semovientes (el artículo 1736 del Código Civil de Quintana Roo señala que los semovientes son bienes por naturaleza).

En principio, la cría es del propietario de la hembra (fruto directo). Esto no quiere decir que el macho fecundador carezca de relación genealógica —nadie se la puede negar—, pues constará en el pedigrí si se trata de animales de raza, pero no por ello se le atribuye la propiedad de la cría a su propietario (fruto indirecto).

Por excepción, la cría corresponderá al propietario del macho cuando exista un acuerdo. Es el caso del semental cuyos actos de apareamiento merecen una justa contraprestación en proporción al material genético que dispensa para mejorar la raza de la hembra fecundada, por lo que ciertas crías le corresponderán al dueño del semental.

De la fecundación asistida - accesión para generar vida

Implica una acción humana sobre la generación de vida animal; esto es, el poder del hombre sobre la reproducción del animal.

En el caso de la fecundación asistida, la cría no es ni de uno ni de otro dueño. El planteamiento se desprende del propio articulado cuando expresa que "el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor". Esto quiere decir que la gestación y el parto, así como el cuidado de la prole animal, no justifican su propiedad, por lo que para formalizar la propiedad del animal es necesario que el dueño de la hembra cancele el monto del material genético (espermatozoides o similares) del semental.

Naturalmente, hasta que no se produzca dicha cancelación entre el dueño de la hembra y el del macho existirá un vínculo de copropiedad, y a efectos de que el primero adquiera la propiedad de la cría, deberá pagar el valor del material reproductivo. Esto se sustenta en las siguientes consideraciones:

1. La reproducción asistida en veterinaria y ganadería busca la mejora de las especies porque el elemento reproductor utilizado procede siempre de un animal ejemplar (padrillos, sementales).
2. Para la realización de la reproducción asistida debe prepararse tanto a la hembra como al macho. A este último debe extraérsele el material reproductor en más de una oportunidad para lograr una fecundación.
3. Normalmente, estas técnicas se utilizan con hembras no paridoras, por lo que el macho es el determinante en el proceso de fecundación.

La fe en reproducción asistida, dependiendo de que sea buena o mala

Cuadros Villena (1994) plantea dos casos para distinguir cuándo la utilización del material reproductivo es de buena o mala fe. Para ello, se vale de si la conducta estuvo motivada por el error o el dolo:

- Es de buena fe si por error se utiliza el material reproductivo proveniente de animal ajeno. En este caso, se adquiere el derecho de propiedad sobre la cría pagando el valor del material.
- Es de mala fe si a sabiendas se utiliza el material reproductivo ajeno, caso en el cual se deberá pagar el triple de su valor.

Sin duda, son dos casos que grafican "solo algunos de los supuestos" que pueden presentarse en este artículo; no son los únicos. Hay toda una variedad de casos:

- De buena fe. La voluntad conjunta y coincidente en la utilización del material reproductivo es la práctica común. En estos casos se presenta el contrato de utilización de material reproductivo, adquisición del material en bancos públicos de gametos, entre otros. Ahora bien, no siempre habrá una retribución por la utilización del material reproductivo, pues puede tratarse de una donación o de una permuta del elemento sexual.
- De mala fe. Respecto de la mala fe se ha dicho: "Es difícil imaginar cómo se puede proceder de mala fe en tales circunstancias; más técnico hubiera sido establecer que, a falta de contrato, el propietario del animal hembra adquiere por accesión las crías, producto de la inseminación artificial y pagando los servicios requeridos" (Maisch von Humboldt, 1985, p. 185). Sin embargo, entendemos que sí pueden presentarse casos de mala fe y, por lo demás, variados. Imaginemos algunos:
  - Que el propietario del animal hembra utilice el material reproductor en más de una fecundación.

- Que el material reproductor sea utilizado en hembra distinta de la indicada.
- Que el animal hembra sea fecundado en época no acordada por la partes.

A mayor abundamiento, es preciso decir que el supuesto del artículo resulta insuficiente por varios motivos:

1. Es limitativo frente a los avances de la procreática veterinaria. El hecho de que se refiera exclusivamente a la inseminación artificial de manera expresa y no a las otras clases de técnicas de reproducción asistida, como la fecundación extracorpórea y sus derivaciones, limita su aplicación, así como el planteamiento de solución para los otros casos. Por ejemplo, en Argentina se encuentra regulado el trasplante embrionario del caballo raza Polo Argentino, de acuerdo con requisitos exigidos por la Sociedad Rural Argentina. En este caso, se menciona que las crías serán presentadas por el propietario de la hembra dadora o por quien tenga la cesión de propiedad del embión o de los embriones debidamente acreditados.
2. Nada se dice acerca de si el dueño del animal macho desea adquirir la cría, para lo cual deberá establecerse el costo respectivo.

Naturaleza jurídica de las crías

Hemos referido que "las crías de los animales son frutos y les corresponden al propietario de la hembra que las parió". Ahora bien, para que los animales se consideren frutos naturales basta que estén en el vientre de la madre. Este es un criterio unánime, ya consagrado en el derecho comparado.

Derecho comparado

Los principios tratados en el artículo 946 del Código Civil, considerados en la codificación civil comparada, son:

- Las crías de los animales pertenecen al dueño de la madre y no al del padre, salvo pacto en contrario: Código Civil del estado de Yucatán de 1993 (art. 751), Quintana Roo (art. 1921), Distrito Federal de México (art. 889), Francia (art. 547), Guatemala (art. 657).
- Las crías de los animales son frutos, sean estos concebidos o nacidos: Guatemala (art. 657), México - Distrito Federal (arts. 888 y 892), Puerto Rico (art. 291), Quintana Roo (art. 1921). Algunas legislaciones, partiendo de lo considerado en el Esbôço de Freitas (art. 372, inciso 1), como

Bolivia (art. 83), Colombia (art. 716), Chile (art. 646), Ecuador (art. 681), España (art. 354), Francia (art. 583), Quebec (art. 910), Uruguay (art. 503) y Yucatán (art. 753), no diferencian entre la cría concebida (fruto pendiente) y la nacida (fruto percibido), debiéndose entender que la calidad de fruto de la cría la obtiene desde el momento de la concepción. En sentido contrario, los códigos de Italia (art. 820) y Venezuela (art. 552) nos dicen que son frutos naturales los partos de los animales.

De los contratos de cruza

Para evitar controversias sobre estos temas, las asociaciones de criadores, propietarios y arrendatarios de sementales han estructurado algunas reglas que deben tenerse en cuenta en el cruce de animales, según el Reglamento Internacional de Crianza de la Federation Cynologique Internationale. Estas reglas normalmente se plasman en los denominados *contratos de cruza*, entre los propietarios de la hembra y los del semental. Se establecen las siguientes consideraciones:

1. Responsabilidad. La hembra de cruza permanecerá en custodia del propietario del semental para las montas necesarias, quien correrá con los gastos de alimentación y cuidado necesarios.
2. Pérdida de la hembra. Si la hembra se pierde durante la estancia con el macho, el propietario de este tiene la responsabilidad de pagar el importe de aquella.
3. Cruza accidental. En caso de que la hembra sea cubierta accidentalmente por un macho distinto del contratado, el dueño del macho será responsable por los gastos incurridos. Una vez cubierta la hembra por un semental distinto, no es permisible cubrirla con el macho nombrado en este contrato, de modo que el propietario del semental contratado no cobrará los gastos al propietario de la hembra.
4. Presencia de la monta. El propietario del macho se responsabiliza en presenciar la monta con el macho contratado.
5. Costo de la monta. El costo de la monta depende de la calidad y estatus del semental. Su propietario firmará el certificado de cruza después de recibir el pago. No se permitirá retener a la hembra por el pago. Queda entendido que si el semental no cubre a la hembra, no se cobrará la monta. Si el propietario del semental cobró una cantidad por la monta más cría(s), debe especificarse cuántas y en qué condiciones. Cuando la remuneración por la monta es con el producto de la camada, deberán estipularse las condiciones y cuántos cachorros se entregarán al propietario del semental.

6. Elección de la cría. Se estipulará la fecha de entrega de l(as) cría(s) a elección del propietario del macho o del propietario de la hembra. Si se estipuló la entrega de cría(s) al propietario del semental y la hembra solamente dio a luz una y el propietario de la hembra deseara quedársela, pagará la monta en la cantidad determinada al propietario del semental.
7. Falta de preñez. Si en una monta correcta la hembra no quedara preñada, el propietario del macho se compromete a recuperar la monta en el próximo celo por la cantidad pagada, pero si esta no quedara gestante debido a problemas propios de la hembra, el propietario del semental se obligará a regresar el importe, a menos que sea por esterilidad del semental de su propiedad.
8. Fecundación asistida. Si la monta no es natural y se recurre a la inseminación artificial, se anotarán las condiciones, recordando indicar en el certificado de cruza que la fecundación fue por inseminación artificial, como también debe anotarse el nombre del médico veterinario que la practicó. Los gastos que se ocasionen para recoger el esperma son de cargo del propietario de la hembra, lo mismo que los gastos relativos a la inseminación artificial.
9. Transferencia del derecho de crianza. El dueño de la hembra en el momento del cruce es el dueño de la camada. Se puede transferir a una tercera persona a través de contrato escrito. Dicha transferencia debe celebrarse antes de efectuar el cruce y ser informada al propietario del semental.

Base legal:

> Artículo 946.- El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario.
>
> Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.
>
> En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.

15.1.5.4 Prescripción adquisitiva

Es la *usucapio*, la *adverse possession*.

Es un modo de adquisición de la propiedad originario y gratuito. Es el transcurso del tiempo lo que determina la titularidad del bien.

Base legal: artículos 950 a 953.

15.1.5.5 Otras formas

Fabricación o hechura de las cosas

Valencia Zea (2012, p. 354) refiere que ni los romanos ni el Código colombiano han considerado el fabricar o hacer cosas nuevas como un modo de adquirir propiedad (el pintor es propietario de su obra, él la ha trabajado, siendo insignificante el valor del lienzo, la pintura y los pinceles; las cosas producidas o manufacturadas pertenecen al propietario de la materia prima, quien invirtió en la fuerza de trabajo para su creación).

15.1.6 Derivados

Es el caso de la transferencia de la propiedad, su transmisión.

Es bilateral. Puede ser onerosa o gratuita; surge de una sucesión jurídica (se adquiere de un *dominus*).

15.1.6.1 Generalidades

En términos generales, existe un titular primigenio y un nuevo titular.

Se adquiere propiedad de quien goza de la misma, por *interposita persona*, *i. e.*, hay un antecesor que transfiere su dominio (tradición, sucesión *mortis causa*). Pasa de un sujeto a otro por medio de un acto jurídico. De un *tradens* a un *accipiens*. El primero (transferente) transfiere al segundo (adquirente). La voluntad del segundo es siempre libre; la del primero puede ser forzada, como es el caso de la expropiación y el remate (Arce y Cervantes, 2012, p. 56). Se sustenta en el consentimiento, autonomía de la voluntad, libertad contractual y buena fe.

Hay dos clases:

– *Adquisición derivativa traslativa*. Se transfiere el derecho a un nuevo titular. El derecho no se altera, solo se modifica el titular. Hay un transferente y un adquirente. *V. g.*, compraventa.

– *Adquisición derivativa constitutiva.* Se cede una parte del derecho real. Sobre un bien existen dos titulares de derechos reales distintos; se modifica el contenido del derecho real sobre el bien. Hay un derecho real principal y uno accesorio, cada cual con su titular. *V. g.*, usufructo.

Para un sector de la doctrina (Lôbo, 2015, p. 147), la especificación, confusión, conmixtión y adjunción son formas derivadas de adquirir propiedad.

Se transfiere con los mismos atributos, restricciones y cualidades que poseía en el patrimonio del transmitente; solo puedo transmitir aquello que tengo, según la regla *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habe*t (Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo posee). Asimismo, *Nemo dat quod non habet* (No puedo transmitir más de lo que tengo).

15.1.6.2 Sistemas

Peñailillo (2014, p. 194) precisa que los modos de adquirir propiedad "están establecidos en la ley y, por el carácter institucional de la propiedad, no pueden tenerse como tales sino los que el texto legal menciona".

Respecto a este tema, que tanto debate genera en la doctrina, hay tres posiciones por delinear:

Sistema realista

Conocido como el sistema consensual o del efecto real del contrato.

Para la transferencia de propiedad se requiere solo el título.

Sostiene que el simple contrato implica transferencia de propiedad: *solo consensu obligat* (el solo consentimiento obliga). El *titulus adquirendi* sirve como hecho generador de la transmisión de propiedad, creando obligaciones para la transferencia del bien.

Siguen esta teoría: Francia, Italia, Portugal, Quebec.

Sistema formal

Con precedentes en el derecho romano.

Velásquez Jaramillo (2014, p. 263) afirma que su fuente son el *Digesto* y el Código, y concluye que, en la adquisición de un derecho real como el dominio, deben presentarse dos fuerzas fundamentales: el acuerdo de voluntades y la ejecución de dicho acuerdo.

Conocido como el sistema del título y modo o como el efecto personal del contrato.

Para la transferencia de propiedad se requiere:

Título. Titulus adquirendi (es lo concreto). Es el *anterius*.

Es el acto jurídico *stricto sensu* que sirve de precedente a la adquisición de dominio (contrato). Los actos que habilitan para la posterior transferencia se llaman títulos:

– Títulos traslativos de dominio (compraventa, permuta, donación, aporte societario, dación en pago)

– Títulos constitutivos de dominio (sentencias a actos administrativos: *usucapio*, accesión).

Modo de adquirir. Modus acquisicionis (es lo abstracto). Es el *posterius*.

Es el hecho jurídico *lato sensu* a través del cual se hace efectiva la adquisición de dominio (*traditio*, así también la ocupación, accesión, usucapión, sucesión *mortis causa*). Es la transferencia en sí. El Código considera entre los modos derivados de adquirir la propiedad:

– Ley	Adjudicación por remate, expropiación[39]
– Sucesión	*Mortis causa*: herencia o legado
– Tradición	Entrega
– Inscripción	Registro
– Acto jurídico	Compraventa, permuta, donación, dación en pago, transacción

Solo se puede adquirir por un modo, no por varios: adquiero por ocupación o por prescripción, de ninguna manera por ambas a la vez (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 283). En la misma línea, Peñailillo (2014, p. 196) manifiesta que no se puede adquirir un bien por dos o más modos: la aplicación de uno hace ineficaz otro; *así como no se puede hacer lo hecho, no se puede adquirir lo adquirido*. No puedo pretender alegar que adquiero por compraventa y, a la vez, por *usucapio*.

Con el solo título no se adquiere el dominio: de él solo nace el derecho personal de exigir que posteriormente se transfiera la propiedad por el obligado (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 187). Se aplica tanto para muebles como inmuebles, no es suficiente uno u otro por separado, según la posición de Manuel de la Puente y Lavalle (1996).

Siguen esta teoría: Austria, Brasil, España, Rusia, Suiza.

39 Un sector de la doctrina brasileña (Lôbo, 2015, p. 119) cita criterios jurisprudenciales que tratan el remate y la expropiación como formas originarias de adquirir propiedad.

Sistema registral

La inscripción es lo que determina la transferencia de propiedad, básicamente en el caso de los inmuebles.

Sigue esta teoría: Alemania.

Transferencia de propiedad en nuestro medio

En el Perú hay un sistema mixto, dual o bifronte, para la transferencia de propiedad, dependiendo de si se trata de muebles o inmuebles.

- Sistema real o de tradición: la *traditio*. En cuanto a los bienes muebles, basta el modo (art. 947), la entrega del bien.
- Sistema francés, consensualista o espiritualista: *solo consensus obligat*. En cuanto a inmuebles, basta el consenso (art. 949, además de arts. 1351, 1352, 1353, 1354 y 1356, 1529 y 1549). La transferencia de propiedad opera extrarregistralmente[40]; basta la sola creación de la relación obligatoria de las partes, a*d consensus*. Para demostrar que se adquirió de buena fe, se requiere la inscripción (art. 2014), siguiendo el sistema germano.

Transferencia de muebles

Opera la *traditio.*

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur (La propiedad de las cosas no se transfiere por los meros pactos, sino por la tradición y la usucapión). El contrato no transmite la propiedad.

González Linares (2012, p. 391) precisa que la tradición en la transferencia de muebles adquiere importancia jurídica al situar en un segundo plano al acto del *consensus*. El acto material —*entrega*— deja en segundo plano al acto volitivo y formal; prima el *factum* que lleva implícito el *consensus*, frente a la forma registral, que es el acto final. Para Ramírez Cruz (2003, t. II, pp. 182 y 183), es la entrega (material o jurídica) de la posesión de un bien mueble de *quien enajena* (propietario o no) con ánimo o *finalidad traslativa.*

La tradición requiere un aspecto objetivo (entrega del bien) y uno subjetivo (consentimiento de las partes). Debido a este último aspecto, solo puede realizarse *inter vivos*. La transferencia *mortis causa*, vía sucesión, no es propiamente tradición al faltar la voluntad.

---

40 R. 101-98-ORLC/TR; *Jurisprudencia Registral*. Año III, vol. VI, p. 312.

En materia de muebles, sin *traditio* no hay transferencia: el acto material de entrega determina la transferencia de propiedad. La cosa traditada es la cosa entregada.

Traditio es la regla; *consensus* e inscripción, la excepción. Así lo expresa el:

> Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Entregar y traditar. Es común la sinonimia entre *entrega* y *traditio*. Sin embargo, entregar no es traditar; la segunda es consecuencia de la primera; *i. e.*, traditar implica una entrega previa. *Entregar* es un simple dar; *tradición* es el acto de entrega que implica una transferencia de propiedad; como se dice, la tradición es una entrega especializada (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 326).

La entrega es el hecho físico o material de poner una cosa en poder de otro; la tradición es una entrega especializada, siendo la intención transferir y adquirir dominio (González Linares, 2012, p. 392). De esto podemos concluir que la tradición es importante no solo porque se adquiere posesión, sino porque transfiere propiedad.

La excepción de la tradición —con la fórmula "salvo disposición legal diferente" que utiliza el artículo 947 *in fine*— se da en aquellos casos en que se requiere:

Bienes	Modo
Armas	Inscripción
Vehículos	
Explosivos	
Productos farmacéuticos	
Acciones	Registro en el libro de matrícula de acciones

La inscripción o registro (anotación) funciona como un medio de seguridad, por la naturaleza de los bienes transferidos.

Otros casos que plantea el Código —en que los bienes muebles no se adquieren por tradición, sino que se requieren otros requisitos (Ramírez Cruz, 2003, t. II, p. 196 a 198)— son los siguientes:

– Venta de bienes sujetos a reserva de propiedad (*pacti reservati dominii*) (arts. 1583, 1584 y 1585)

– Venta de bienes muebles efectuada por un no propietario que conduce un establecimiento público (art. 1542)
– Venta de bienes robados o perdidos en un establecimiento público (art. 948 *in fine*, art. 1542)

Base legal

> Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Transferencia de inmuebles

Aquí opera el *consensus*, *ad consensus*. Es el sistema francés.

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur (Nunca la mera *traditio* transfiere el dominio si no se hubiese precedido la venta u otra justa causa por la cual se siguiese la entrega).

El consentimiento en el acto traslativo de dominio es lo que permite la incorporación del bien al patrimonio del adquirente; es el caso de los contratos traslativos de dominio (compraventa, permuta, donación).

Se sustenta en el principio de consensualismo —*solo consensus obligat* (art. 949)— y, en especial, en el principio del consensualismo contractual (arts. 1352 y 1529).

Para la transferencia de inmuebles se requiere *solo* el acuerdo. La tradición del bien es implícita (González Linares, 2012, p. 397) y la inscripción es facultativa; esta se presenta como un medio de seguridad para lograr la oponibilidad frente a terceros (arts. 2014, 2019 y 2022[41]). La fe pública

41 Sobre el particular, el 7 de diciembre del 2015 se publicó la Casación 3671-2014-Lima, que contiene el VII Pleno Casatorio Civil, mediante la cual se dilucidó la problemática existente entre el propietario no inscrito frente al derecho de crédito del acreedor embargante, a propósito de la poca claridad del artículo 2022 del Código Civil. Al respecto, se estableció que: 1) En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos debe considerarse que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo; 2) El juez de primera instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma; y 3) En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista,

registral es un principio que establece una veracidad a favor del tercero que adquiere de buena fe cuando quien le transfiere aparece en el registro con facultades para transmitir.

No obstante, debe quedar claro que la regla del consensualismo —como dice Ramírez Cruz (2003, t. II, p. 124)— admite una excepción cuando hay conflicto con terceros: es el caso de dos compradores del mismo bien inmueble (concurso de acreedores). En esta hipótesis, se reputa propietario a quien adquiere de buena fe y que inscribe primero su título, aunque la adquisición hubiera sido posterior. Si ninguno de los dos inscribió, prima el adquirente más antiguo (art. 1135).

Además, según el artículo 2014 del Código Civil:

> El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Base legal

> Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Adquisición *a domino* y *a non domino*

Adquisición *a domino*

La transferencia la hace el propietario. Esa es la regla.

El sustento son dos máximas del derecho romano: *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir aquello que no tiene) y *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo posee).

Así, para transmitir propiedad se requiere que el transmitente sea propietario: sin titularidad no puede haber transferencia de propiedad.

---

la demanda deberá ser declarada infundada, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que actúe conforme a sus atribuciones.

Adquisición *a non domino*

Es la llamada propiedad aparente. Es la excepción.

A decir de José María Miquel (ULLmedia, 28 de julio 2014), una de las materias harto complicadas es la de las adquisiciones que contradicen las reglas generales de la transmisión de propiedad, uno de cuyos casos es el del transmitente no propietario.

En la adquisición *a non domino* se adquiere propiedad de quien no es propietario. El bien o derecho se recibe de una persona que no tiene el poder de disposición. Transmite un no propietario, un dueño aparente. Se trata de una tradición defectuosa.

En esta institución prima la buena fe de quien adquiere: tradición más buena fe legitiman la adquisición del bien. No resulta relevante si quien transfiere cuenta con dicha facultad. Importa el *consensus* y la *bona fide*, lo que Gama (2001, p. 303) conoce como *la repersonalizacion del derecho de propiedad*. El *tradens* no tiene derecho de propiedad, pero el *accipiens* cree en la buena fe de la transferencia y confía en la titularidad del bien, siendo su error convalidado. A decir de Velásquez Jaramillo (2014, p. 239), el error común e invencible, *error comunis facti*, es creador de derecho.

La transferencia a *non domino* se fundamenta en razones de orden económico y social, así como en la consolidación del hecho de la posesión como derecho de propiedad del adquirente de buena fe (González Linares, 2012, p. 394).

Lo cierto es que esta forma de transferencia puede acarrear ventas múltiples cuando un deudor (vendedor) se ha comprometido a entregar el bien a varios (compradores). Esto produce un concurso de acreedores, caso en el cual se preferirá al acreedor de buena fe a quien el deudor haya hecho la tradición, aunque el título sea de fecha posterior (art. 1136). Algunos sostienen que este tipo de adquisición está justificado por el principio de protección de la apariencia jurídica, lo cual —para otros— no existe.

Las razones para su regulación las tenemos en:

- Seguridad jurídica
- Utilidad y eficiencia
- Circunstancias especiales

José María Miquel (ULLmedia, 28 de julio 2014) nos dice que existen dos tipos de seguridad jurídica:

- *Estática.* Protege al titular de los bienes; solo él puede transferirlos. La seguridad estática o seguridad de los derechos exige que no pueda producirse una modificación desfavorable en la esfera patrimonial de una persona sin que concurra su voluntad.
- *Dinámica.* Protege a quien adquiere, se sustenta en la circulación de la riqueza, en el tráfico jurídico; la adquisición es firme y no puede oponerse aquello que el adquirente no conoce o que debió conocer al tiempo de la adquisición. Es una forma de ver la seguridad jurídica como una certeza del derecho. Entonces, la seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico requiere que una modificación favorable en tal esfera no pueda quedar sin efecto para ella en virtud de circunstancias que la misma ignore.

V. g., Juan vende a Manuel un juego de comedor. El juego de comedor no es de Juan, sino de Pedro, quien se lo prestó. Si bien Manuel compra de quien no es dueño, adquiere el bien de buena fe, desconociendo que Pedro es el verdadero dueño y confiando en Juan como vendedor. El que actúa de mala fe es Juan, transfiriendo a Manuel un bien de Pedro, que no es suyo. Manuel está protegido por su conducta y la buena fe lo ampara. *A contrario sensu,* si Manuel supiera que adquiere de quien no es propietario, Pedro podría reivindicar su bien.

Para que se configure la transferencia de propiedad *a non domino*, conjugando los criterios de Arias Schreiber (1991, p. 279) y González Linares (2012, pp. 395 y 396), deben darse los siguientes requisitos

- Capacidad del *tradens* y del *accipiens.*
- El adquirente debe adquirir como propietario.
- Debe primar la buena fe (*bona fide*) al adquirir.
- Debe producirse la entrega del bien (*traditio*). Tradición adquisitiva.
- Debe tratarse de bienes muebles, corporales o incorporales, no de inmuebles.
- La transferencia debe ser onerosa (compraventa, permuta), para impedir la reivindicación del bien.
- No deben existir situaciones que enerven la eficacia (bienes perdidos o robados). No opera para los bienes adquiridos con infracción de la ley penal (hurto, robo, abigeato, apropiación ilícita o receptación), es decir, del título V (delitos contra el patrimonio: arts. 185 al 195).

Según Arias Schreiber (1991, p. 278), esta regla constituye una excepción al derecho reivindicatorio de todo propietario y tiene su antecedente en el clásico principio del *chatelet*: en materia de bienes muebles, la posesión vale el título de dominio.

Base legal

> Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

Adquisición *a non consensus* y *ad consensus*

La adquisición *a non consensus* ocurre cuando no se transfiere de buena fe ni como propietario.

En la adquisición *ad consensus* la tradición se produce de buena fe y como propietario.

16. Extinción

Ocurre cuando la propiedad deja de ser tal.

Gomes (2012, pp. 199-200) considera que la propiedad se pierde por:

Hechos relativos a la propia persona	Muerte
Hechos relativos a su objeto	Por extinción del objeto Perecimiento Por su unión o incorporación a otra cosa - accesión
Hechos relativos al propio derecho	Cesión Renuncia Abandono Transmisión independiente de la voluntad del propietario (expropiación, remate o adjudicación)

El mismo Gomes (2012, p. 200) menciona otros motivos de pérdida de la propiedad:

– Revocación del acto que le haya servido de *titulus adquirendi*

– Por condición resolutoria a la que haya sido subordinado el acto de constitución

Peñailillo (2014, p. 155) nos dice que hay modos absolutos y modos relativos de perder la propiedad. Borda (2008, p. 344) aclara que es *absoluto* cuando la extinción del dominio no es adquirida por nadie; mientras que es *relativo* cuando la pérdida de dominio de una persona implica la adquisición por otra. Así tenemos:

Extinción del dominio		
	Con voluntad	**Sin voluntad**
Absolutos	Destrucción	
	Abandono	Incomerciabilidad
Relativos	Tradición	Accesión
		Expropiación
		Usucapión

Para Avendaño (1997, pp. 99 y 100), analizando el artículo 968, la situación es distinta:

– Extinción absoluta: la destrucción y la expropiación (incs. 2 y 3)

– Pérdida relativa: la adquisición y el abandono (incs. 1 y 4)

El Código considera como modos de extinción (art. 968) los siguientes:

– Expropiación

– Adquisición del bien por otra persona

– Destrucción o pérdida total o consumo del bien

– Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso el predio pasa al dominio del Estado

Dice Avendaño (1997, p. 100) que la norma no ha contemplado como causas de extinción del derecho el caso de los animales alzados (que recuperan su libertad) y el de los bienes que quedan fuera del comercio.

Veamos cada uno de estos casos:

16.1 Adquisición del bien por otra persona

Es tornar la cosa propia en ajena.

Es el caso de la transferencia de propiedad, la alienación o la enajenación.

Es transmitir el derecho de propiedad que se tiene sobre un bien. Implica una pérdida de propiedad para el transferente y una adquisición de propiedad para el adquiriente. Es un acto inmediato: en el mismo instante en que el alienante pierde, el adquiriente gana propiedad; no hay *res nullius* en ningún instante; no hay espacio de tiempo en que se produzca la destitularización del bien (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 346). Entre el transferente (*ex dominus*) y el adquirente (*novo dominus*) existe una relación jurídica subjetiva.

Puede realizarse por compraventa, permuta, donación, dación en pago, cesión.

Base legal: inciso 1.

16.2 Destrucción o pérdida total o consumo del bien

– ***Destrucción***

Caso del perecimiento de la cosa. Si la cosa perece, el derecho no le sobrevive (Gomes, 2012, p. 200). Sin objeto, no hay derecho de propiedad.

Lo que importa es la pérdida de función o rol económico de la cosa (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 155). Pierde sus cualidades esenciales —el valor económico— cuando se confunde con otra cosa, de modo que no pueda distinguirse una de otra, cuando queda en un lugar donde no puede ser retirada o removida (Lôbo, 2015, p. 170). El objeto en sí ya no sirve, no puede cumplir con su función. La destrucción debe alterar la función del objeto.

La causa puede ser un acontecimiento natural (terremoto, inundación) o un hecho humano (incendio provocado).

– ***Destrucción o transformación***

A veces, luego de la destrucción material quedan restos (residuos o despojos) que pueden ser o no ser valiosos, *v. g.*, la joya que se funde o el auto que se incendia. Peñailillo (2014) afirma que, de resultar valiosos, se ha estimado —en el común de los casos— que nacería un derecho nuevo de propiedad sobre ellos para el nuevo dueño; sin embargo, "es preferible concluir que es el mismo derecho que ahora recae en un objeto reducido o transformado; así, frecuentemente lo que acontece es una destrucción parcial (o una transformación)" (p. 155). Asimismo, "puede producirse el completo aniquilamiento, convirtiéndose en energía; aun así, como esta también puede constituir un bien —y valioso—, sobre todo si se atrapa, reincidiríamos en la transformación" (p. 155, nota 188).

Base legal

La destrucción se trata en diversos artículos del Código: 499-4, 916, 922, 992-3, 1021-5, 1033, 1049, 1122-4, 1151-3, 1158-2, 1654, 1705-3, 1820, 1821, 1823, 1824, 1971-3.

– ***Pérdida total***

Ocurre cuando un hecho material afecta la sustancia de la cosa en forma completa, lo que origina la pérdida de las cualidades esenciales o de su valor económico (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 351): el objeto no existe más. *V. g.*, una inundación que sumerge unos predios; un cataclismo o erosión física que no deja rastros del predio (hundimientos, agrietamientos). Perecido el objeto, perece el derecho.

Cuando la pérdida es parcial, permanece el derecho de propiedad sobre la parte inalterada, excedente (Lôbo, 2015, p. 171). *V. g.*, un incendio, un terremoto, una demolición o destrucción: se pierde la construcción, pero permanece el terreno.

– ***Consumo***

Es el acto de aprovechamiento directo del bien, que es usado de forma que se extingue.

El artículo 2604 del Código de Vélez indicaba: "El derecho de propiedad se extingue de una manera absoluta por la destrucción o *consumo total* [cursivas añadidas] de la cosa que estaba sometida a él". Es el caso de los alimentos destinados al consumo; del combustible que se usa en un motor (Musto, 2000, p. 532).

Base legal: inciso 2.

16.3 Expropiación

Es la apropiación de un bien por el Estado, debido a razones de utilidad pública, previo pago de un justiprecio. Es "cualquier forma de intervención administrativa que implique la privación singular de la propiedad privada, acordada imperativamente en virtud de una causa de utilidad pública o interés social, y que conlleva la correspondiente indemnización" (García Gómez, 2000, p. 6).

Se trata de una institución de derecho público, más propiamente de derecho administrativo, que se presenta como una privación forzosa del dominio debidamente indemnizada.

Existe diferencia entre expropiación y confiscación: una amerita el pago de un justiprecio, la otra es un mero decomiso o incautación de bienes como consecuencia de un acto delictivo. La primera tiene efectos civiles; la segunda, penales.

Base legal: inciso 3. Además, tiene normativa específica[42].

16.4 Abandono

Ocurre cuando el propietario se deshace de la cosa que le pertenece; simplemente la deja, la cual queda a expensas de los demás.

La *res derelicta* es adquirida por otros vía apropiación u ocupación. Entre el abandonante (*ex dominus*) y el recuperador (*novo dominus*) no hay relación jurídica subjetiva.

Es el acto claro y directo con el que se demuestra no querer el bien (*animus derelinquendi*). Es un acto de disposición, unilateral y no recepticio (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 157). Téngase presente que, por regla, la propiedad no se pierde por el no uso, pero tampoco es dable que los bienes permanezcan improductivos. Es de interés de la sociedad y de la economía que los bienes generen riqueza (Avendaño, 2012, p. 112), cuestión esta en la que se sustenta el abandono como una sanción al poseedor negligente.

Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 347) diferencian el abandono de la renuncia. La renuncia es un acto jurídico real expreso; el abandono debe resultar de actos exteriores que manifiesten la intención de abandonar, no siendo suficiente el mero desprecio físico del bien: debe estar acompañado de señales evidentes del ánimo de abdicar. También lo diferencian (2009, p. 348) de la pérdida; afirman que esta es involuntaria y, por tanto, quien pierde una cosa no pierde la propiedad, por lo que quien la encuentra deberá devolverla.

A pesar del carácter pleno de la propiedad, la falta de uso determina su pérdida, tal como sucede con el usufructo (art. 1021-2), el uso (art. 1026) y la servidumbre (art. 1050).

Como acto, implica:

- Desposesión: desentenderse del bien
- Voluntad abdicativa: falta de deseo respecto de la relación con el bien

No se trata de un simple abandono; este debe cumplir con dos elementos:

42 Ley General de Expropiaciones (Ley 27117).

– Temporal (20 años)

– Nuevo titular será el Estado

A criterio de Mejorada (2015), esta norma es inconstitucional, pues no cabe restringírsele al propietario la facultad de no ocupar su bien, si el no usar o no hacer forma parte de sus facultades. La Constitución Política[43] establece que la propiedad de la tierra puede perderse siempre que la ley lo haya previsto en determinadas condiciones; es lo ocurre cuando la Ley 26505[44] (art. 5) y el D. Leg. 653[45] (art. 22) indican que la pérdida de la propiedad de la tierra por abandono cuando fue entregada por el Estado (Pereira, 1996) solo se da en dicho caso.

El tema del *momentum* en que se pierde el dominio es parte de una antigua discusión entre proculeyanos y sabinianos; para unos es cuando se produce el hecho del mero abandono, para otros es cuando otro se apropia de la cosa abandonada (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 157).

Esta forma de extinción de la propiedad, a decir de muchos, está perdiendo importancia o menospreciándose su examen por escasa aplicación (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 157), a medida que a todo bien se le obtiene un uso y provecho; es el caso de los residuos, chatarra y basura, que, a través de los procesos de reciclamiento, terminan siendo de utilidad, lo cual comporta una forma de transformación.

Se presentarían dos sujetos:

– Abandonante: el antiguo dueño

– Recuperador: el nuevo dueño

---

43 Artículo 88.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

44 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas: Artículo 5.- El abandono de tierras, a que se refiere el artículo 88, segundo párrafo, de la Constitución Política del Perú, sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella.

45 Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario: Artículo 22.- Las tierras abandonadas por sus dueños, quedan incorporadas al dominio público. El abandono de tierras se produce cuando su dueño lo ha dejado inculto durante dos (2) años consecutivos.
Asimismo, se consideran tierras abandonadas aquellas tierras rústicas cuyos conductores las destinen ilegalmente para habilitación urbana, elaboración de materiales de construcción u otros fines no agrícolas, sin cumplir lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley.

Base legal: inciso 4.

16.5 Otras formas de extinción no contempladas

¿El artículo 968 es *numerus clausus* o meramente enunciativo?

Entre aquellas otras formas de extinción no contempladas en el Código están:

– Por ley[46]

– Por accesión o especificación y mezcla.

– Por muerte. Se produce la sucesión por fuerza de la *saisine*, que es una forma de adquisición *mortis causa*. La muerte, *per se*, es un hecho jurídico *stricto sensu* que implica la pérdida de propiedad.

– Por renuncia. El propietario declara de forma expresa no querer el bien. Es, en sí, un acto unilateral no recepticio a fin de despojarse del derecho de propiedad. El bien se torna en *res nullius*. Es un acto de abdicación del derecho de propiedad (Lôbo, 2015, p. 165).

Para Lôbo (2015, p. 165) existen dos tipos de renuncias:

- *Traslativas*: su finalidad es beneficiar a alguien (renuncia de herencia)
- *Abdicativas*: simplemente, se renuncia al derecho sin beneficiar a alguien

  La renuncia no puede ser efectuada a favor de otro; en todo caso, se entiende como una donación y de esa forma el acto de renuncia no implicará repristinación (volver a dar valor a algo que lo había

46 Es el caso del D. S. 001-2017-RE (DOEP, 24 de enero del 2017), que establece la posibilidad de la adquisición de inmuebles para consulados y establecimientos de organizaciones y organismos internacionales dentro de los cincuenta (50) kilómetros adyacentes a las fronteras. Esta norma indica, en su artículo 4, que "La transferencia de la propiedad o posesión del bien a otras entidades o particulares extranjeros que no tengan las condiciones o cumplan con las finalidades establecidas en el artículo 1 y 2 del presente decreto supremo da lugar a la pérdida del derecho adquirido por la entidad, en beneficio del Estado peruano, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Constitución Política del Perú". El análisis del tema lleva a determinar que, técnicamente, no es un caso de pérdida del derecho real en razón de que la transferencia realizada es contra ley, lo que genera *ipso iure* la nulidad del acto jurídico. Así, el remedio negocial de la transferencia que no se ajuste a las condiciones previstas en los artículos 1 o 2 del decreto supremo es la nulidad por contravenir a las normas de orden público (ius cogens). No hay pérdida del derecho real, pues nunca existió el efecto traslativo de la propiedad o posesión. No se pierde aquello que nunca se tuvo; solo hubo una apariencia de acto de transferencia.

perdido) de la titularidad del nuevo dueño (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 346).

No está reconocida por el Código, pero tampoco prohibida; luego, al no poder presumirse la renuncia, debe constar en un documento de fecha cierta y que pueda inscribirse.

El bien adquiere la calidad de *extra comercii*: son los casos de incomerciabilidad. El bien se transforma en uno de carácter nacional de uso público (pasa de dominio privado a dominio público), para lo cual, como señala Peñailillo (2014, p. 156), deberá adjudicarse el Estado vía expropiación.

Casos especiales

En casos como la nulidad y la rescisión —con efectos retroacivos, *ex tunc*—, está claro que la propiedad nunca salió del dominio del propietario originario, por lo que se produce la figura de la restitución (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 160, nota 169 *in fine*).

17. Tipos

Como expresa Peñailillo (2014, p. 127), las diferentes formas de propiedad derivan de la distinta *función* o *rol* (principalmente económico) que corresponde a las varias clases de bienes. La propiedad no es única; en todo caso, no podemos hablar de propiedad en sentido singular, sino en sentido plural, *propiedades* —como lo propuso Stefano Rodotá (1986)—, tomando en cuenta que se trata de una relación jurídica compleja. El vocablo *propiedades* captura la pluralidad de manifestaciones del fenómeno jurídico; está circunscrito a la idea física del bien (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 171).

Por su parte, Vieira (2008, p. 668) indica que el derecho moderno solo conoce una propiedad: la que reviste un carácter unitario. Lo que sucede es que ciertas cosas poseen regímenes especiales justificados por las particularidades del objeto.

La propiedad puede ser:

De acuerdo con el sujeto

- Individual: recae en cabeza de un solo sujeto (unititularidad)
- Plural: recae en cabeza de más de una persona (cotitularidad o plurititularidad)
- Pública, *public property*: pertenece al Estado

– Privada, *private property*: pertenece al particular

– Propiedad de las comunidades campesinas y nativas (art. 88 de la Constitución Política)

En cuanto a la integridad

– Completa, total o íntegra: comprende todos los atributos

– Nuda, incompleta o disminuida: comprende solo el uso y disfrute

En cuanto a su extensión

– Plena o total, amplia: goza de todas las facultades, alodial (*alodium*, de *all*, todo y *od*, bienes raíces). Se refiere a los derechos reales sobre bienes propios, *ius in re propria.* Derecho real sobre la cosa propia.

– Nuda o parcial, restricta: goza solo del *ius utendi* y *ius fruendi*; fraccionada. Se refiere a los derechos reales sobre bienes ajenos, *iura in re aliena.* Derecho real sobre la cosa ajena.

  - Usuario: usa
  - Servidor: pasa, transita
  - Superficiario: construye
  - Habituario: usa como vivienda
  - Usufructuario: posee y disfruta

General

– Predial: también llamada propiedad civil o urbana, regulada en el Código Civil.

– Rústica: regulada en la Ley de promoción de las inversiones en el sector agrario, D. Leg. 653 (DOEP, 11 de junio del 2009).

Sin embargo, conforme dice Ramírez Cruz (2003, t. II, p. 99), del análisis del articulado global sobre el dominio se advierte que el Código regula instituciones típicamente dominiales, como la avulsión y el aluvión, propias de los predios rurales. Así, a pesar de todo lo rústico, no es ajeno el Código —fiel a sus orígenes— a esa relación natural del hombre con la tierra.

Especial

– Propiedad minera

– Propiedad agraria

- Propiedad forestal
- Propiedad industrial
- Propiedad fiduciaria
- Propiedad de las aguas
- Propiedad superficiaria
- Propiedad comunitaria indígena
- Patrimonio familiar o bien de familia
- Propiedad literaria, artística o científica

Además, hay otras formas, como:

- Propiedad popular: es el caso específico de los asentamientos humanos. En estos, el derecho de propiedad se ha construido en gran parte por la acción directa del poblador, edificándose desde la precariedad de la invasión y consolidándose por acciones propias y el reconocimiento de las autoridades (Webb, Beuermann y Revilla, 2006, p. 13). "La invasión marca el nacimiento de un derecho o el salto de una categoría de derecho a otra; la invasión es el nacimiento del derecho expectaticio, y el registro, el paso del derecho legal al registrado" (p. 33).
- Propiedad horizontal: es el caso del condominio o unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común[47] (antiguamente denominada *propiedad horizontal*: art. 958; el Código la trata con una norma remisiva[48]). Es la representación de la propiedad de la asociación de propietarios.
- Propiedad intelectual: llamada *propiedad de las ideas*, *propiedad del espíritu*, es una suerte de propiedad global, o bien, de difusión planetaria, así como de propiedad viviente en el caso de las patentes sobre organismos vivientes (Moccia, 2015, p. 104)

Cada una de estas propiedades cuenta con su propio derecho (*ius propium*).

47 Ley de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común (Ley 27157). Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley 27157 (D. S. 035-2006-VIVIENDA).

48 En el derecho civil comparado, códigos como el portugués (art. 1414 y ss.), así como el italiano (arts. 1117 y ss.) y el holandés (que la denomina Appartementsrechten), la regulan de manera expresa.

Por el tipo de bien

- Propiedad mueble
- Propiedad inmueble
- Propiedad incorporal, constituida por derechos (crédito)
- Propiedad corporal, aquella percibida por los sentidos (casa)

Dependiendo de la posesión

- Nuda propiedad. Es la propiedad desnuda (*naked property*), una propiedad pobre. Se dice así, pues el propietario tiene derechos limitados sobre el bien, no ostenta la posesión ni, por tanto, el disfrute directo del bien por haberlo cedido. La nuda propiedad surge cuando sobre la cosa recae algún tipo de derecho real de goce y disfrute (usufructo, uso o habitación; usufructuario, usuario o habituario), una de las formas de desmembramiento de la propiedad. El propietario puede recuperarla o disponer de ella. Para De la Mata y Garzón (2014, p. 361), la nuda propiedad es un derecho distinto del de propiedad.
- Cuasi nuda propiedad. Se manifiesta en el cuasiusufructo (en bienes fungibles o consumibles).

También existe la multipropiedad.

18. Principios que consolidan la propiedad

Entre los principios que inspiran a la propiedad están:

- Principio del uso de la propiedad en armonía con el interés social
- Principio de garantía y defensa de la propiedad como derecho
- Principio de libertad de enajenación
- Principio de extensión material de la propiedad

18.1 Principio del uso de la propiedad en armonía con el interés social

Es tratado en el artículo 923 del Código:

> Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Leon Duguit, autor de *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón* (2.ª edición, corregida y aumentada, Madrid, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, 1920), es el jurista a quien se le debe la teoría de que los derechos solo se justifican por su función social; señala que estos deben responder tanto a un interés particular como a uno colectivo (para mayor referencia, se puede consultar Florencia Pasquale [2014]). Eros Roberto Grau, citado por Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 197), nos dice que la propiedad-función es la revancha de Grecia sobre Roma, de la filosofía sobre el derecho: la concepción romana que justifica la propiedad por su origen (familia, dote, estabilidad de patrimonios) sucumbe frente a la concepción aristotélica que la justifica por su fin, sus servicios y su función.

No hay propiedad sin función social (Gonzales Barrón, 2015, p. 474). La propiedad que no cumple una función social no puede ser tutelada (Gomes, 2012, p. 108). El término *función social de la propiedad* nos lleva a plantearnos, inmediatamente, preguntas como ¿para qué sirve la propiedad?, ¿cuál es su finalidad?

La propiedad *debe ejercerse en armonía con el interés social* (art. 923). No se exige tal rol social a otro derecho real, aunque siendo aplicable a la propiedad como derecho mayor, con base en el principio *ad minore ad maius*, la misma regla debe aplicarse para el resto de derechos reales.

Este principio deja atrás el sacrosanto derecho de propiedad que se sustentaba en el individualismo y el absolutismo de la propiedad imperante en el Estado liberal del siglo XIX (Gonzales Barrón, 2015, p. 472). Deja atrás el poder despótico y tiránico de la propiedad y reclama que el uso de los bienes sea realizado tomando en consideración no solo los intereses del propietario, sino los derechos de la colectividad, como afirma Cuadros Villena (1994, pp. 61 y 62).

Esto marca a la propiedad como un derecho subjetivo por excelencia, de orden patrimonial (Gomes, 2012, p. 119). Para Arias Schreiber (1991), este principio implica el descarte de la propiedad como un derecho absoluto (propio del individualismo):

> La noción del derecho absoluto es inadmisible dentro de la concepción funcional del dominio y de la vida social... se habla de absolutez pero en sentido relativo. El titular no tiene un poder ilimitado o sin fronteras respecto de los demás. Si bien la propiedad individual subsiste, está socializada, esto es, considerada en atención a su función social. (p. 168)

En la actualidad, debemos proceder a una relectura del derecho de propiedad con un ropaje de función social, de modo que un mayor número

de personas tenga acceso a él, asegurándose, además, los bienes primarios básicos para la sobrevivencia mínima del sujeto (Gama, 2001, p. 70), como sostiene la teoría del patrimonio mínimo.

De acuerdo con la Constitución (art. 70), es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la función social que le es consustancial. Así, en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca (Gonzales Barrón, 2015, p. 473): la de ser usada, disfrutada, dispuesta y reivindicada tomando en cuenta el interés social.

Como afirma Avendaño (1997, p. 93), en el uso de los bienes no interesa tanto el interés social como su explotación o disfrute. La propiedad debe ser construida (esto es, debe delimitarse su contenido) de modo que se tenga en cuenta la necesidad de utilizar los bienes también en interés de la colectividad (Zatti, 1983, p. 99). Los derechos del propietario deben armonizarse con el interés de la sociedad.

El propietario deja de ser el señor pleno e irrestricto del bien. Lo tiene, lo usa, pero no deliberadamente; debe atenerse al interés de los demás. El ejercicio de la propiedad debe satisfacer un doble interés, uno individual y otro social, el del *dominus* y el de la *societas*. La propiedad recae en su titular de forma vertical, generando todos sus efectos; respecto de la sociedad, la propiedad trasciende en la comunidad de forma horizontal, delineando su uso, ampliando sus fines y respetando los intereses de la colectividad.

Así las cosas, "el disfrute no es omnímodo, la propiedad se justifica por la ineludible función social (concepto-medio) que debe alcanzar en resguardo del bien común (concepto-fin)" (Gonzales Barrón, 2015, p. 481). Se produce una libertad de disfrute delimitada.

En esa dirección, la propiedad actual se caracteriza por el sentido social que impone la humanización del derecho de propiedad individual y por su subordinación a las exigencias de una totalidad superior orgánica (Arellano Alarcón, octubre-diciembre de 1956, p. 490).

García Toma (1998, t. II, p. 133) considera que el bien común se define como "aquel patrimonio social, condominio o pertenencia de todos los componentes de una comunidad. Ello implica la subordinación del bien o interés personal, a lo conveniente, útil o ventajoso para los demás". El derecho de propiedad no puede ser encarado con un enfoque individualista, absolutista, desprovisto de cualquier contenido solidarista y humanitario (Gama, 2001, p. 53), tal como lo adelantó la Constitución de Weimar de 1919.

El término *interés social* que utiliza el Código lo hace siguiendo a la Constitución del 79 (art. 124), la cual lo hace suyo. Como refiere García

Toma (1998, t. II, p. 133), la Constitución de 1933 (art. 34), tras los antecedentes de la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919, nos habla de *bien común* (art. 70). Con respecto a estos dos términos, Jorge Avendaño (2007, p. 139) encuentra una diferencia:

- *Bien común* es el bien general, el bien de todos; *bien* es beneficio.
- *Interés social* es el que puede tener un grupo social determinado; *interés* responde a la satisfacción de una necesidad.

El mismo Avendaño (2012, p. 114) indica que actualmente el Código debe entenderse con el concepto *bien común*, en reemplazo del interés social.

El *common good* frente al *social interest*.

Este principio limita el absolutismo de la propiedad y reclama que el uso de los bienes sea realizado tomando en consideración no solo los intereses del propietario, sino los derechos de la colectividad, como afirma Cuadros Villena (1994, pp. 61 y 62).

Esto quiere decir que el propietario ya no es libre de dar a sus bienes el destino que buenamente le plazca, sino que debe ser siempre racional y encaminado no solo a la atención de las personas que de él dependan, sino a las exigencias sociales que demandan la acción económica del Estado y la de los ciudadanos que se encuentren en condiciones de satisfacerlas (De Pina Vara, 1970, p. 78).

Así, la norma encuadra la propiedad predial y las normas urbanísticas que implican un límite y restricción al derecho de propiedad, al establecer que "La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas" (art. 957).

Es una forma de canalizar un correcto uso, obstaculizando el abuso del derecho de propiedad. Refiere Cuadros Villena (1994, p. 56) que:

> En cuanto los principios del ejercicio de la propiedad en armonía con el interés social y no abuso del derecho se desarrollan y se generalizan, surge el criterio de considerar como derechos reales solamente aquellos que han sido acordados por ley, sin admitir la voluntad individual.

En síntesis, la propiedad "tiene" y "cumple" una función social: no es un derecho que pueda construirse como si estuviera en juego solamente el interés de un individuo propietario, como si la única "ley" que rigiera la utilización de los bienes fuera el interés del propietario. No es, en suma, como se acostumbra decir, un derecho "egoísta"; es un derecho que debe buscar el bienestar social, pensando en una sociedad solidaria.

Para González Linares (2012, p. 322), la propiedad no es solo un poder: es una relación patrimonial sustentada en la utilidad de su titular (derecho) y de la sociedad (deber); de allí que se diga que se trata de un derecho social.

Podemos decir, junto con Velásquez Jaramillo (2014, p. 199), que en nuestro sistema constitucional rige el concepto de propiedad privada intervenida o con función social (bien común).

18.2 Principio de garantía y defensa de la propiedad como derecho

La propiedad es el derecho por excelencia y antonomasia. Es el primer derecho patrimonial de la persona.

La Constitución trata el derecho de propiedad de la siguiente manera:

- Es un derecho de la persona (art. 2, inc. 16).
- Es inviolable y está garantizado por el Estado (art. 70).
- Se debe ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley (art. 70).
- Privación, límites y prohibición a la propiedad
  - Nadie puede ser privado de su propiedad, salvo por seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, previo pago de un justiprecio (art. 70).
  - Límites y prohibición de la propiedad y posesión por razones de seguridad (art. 72).
- Hay coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa como sustento de la economía nacional (art. 60).
- La herencia es una forma de adquirir propiedad (art. 2).
- Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa (art. 88).

La protección de la propiedad envuelve dos componentes (Teles de Menezes, 2012, pp. 17 y 18):

- *Estático*: permite ser titular de bienes.
- *Dinámico*: permite el pleno aprovechamiento a través del uso, el goce, la transformación y la disposición de bienes.

Establece la clara diferencia entre expropiación y confiscación: una amerita el pago de un justiprecio; la otra es un mero decomiso de bienes.

El de propiedad, como tantos otros derechos, no es absoluto. Conforme a ley, puede limitarse, por ejemplo, mediante:

- Nacionalización o socialización de los medios de producción: previo pago de una indemnización (art. 82 de la Constitución de Portugal)
- Estableciendo formas de propiedad de los medios de producción: cooperativismo (art. 84 de la Constitución de Portugal)

La propiedad tiene un tratamiento pluralista (no monista), *i. e.*, admite formas de sí misma con regímenes diferentes, acorde con los bienes (los bienes de producción son distintos de los bienes de consumo). Así, la protección de la propiedad varía en razón de la función del tipo de bien (Teles de Menezes, 2012, p. 18).

La propiedad privada puede ser limitada por ciertos criterios: salud, medio ambiente, urbanísticos, el sistema rural. Además, por la expropiación o pérdida de bienes debido a hechos delictivos (decomiso e incautación de bienes); *v. g.*, bienes que hayan servido para el tráfico ilícito de drogas.

18.3 Principio de libertad de enajenación

El concepto *propiedad* va unido al de *libertad*: *facultas dominandi*.

Respecto de lo que tengo, me corresponde la capacidad de decidir su destino. La autonomía privada de la voluntad está en estrecha relación con el derecho de propiedad, más aún si la propia Constitución Política, dentro de las normas del régimen económico, reconoce el principio de iniciativa privada (art. 52).

Este principio es tratado en los artículos 882 y 1113 del Código:

> Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.
>
> Artículo 1113.- No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas.

Con referencia al artículo 882, su antecedente es el artículo 852 del Código del 36: "No se puede establecer la prohibición de enajenar, salvo en los casos permitidos por la ley". Romero Romaña (1947, p. 97) indica que esta disposición obedecía a que era frecuente que el acreedor exigiera, como garantía, que se consignase en el contrato una cláusula por la cual el deudor no podía vender su propiedad sin su consentimiento, lo cual constituía un abuso del derecho. El fundamento de esta norma era, pues, que los bienes deben

circular a fin de satisfacer las necesidades humanas, por lo que resultaba perjudicial que no pudieran ser transferidos (se afectaría el tráfico comercial) o gravados (se afectaría el crédito) (Avendaño Arana, 2012, p. 124).

La cláusula aludida es de las conocidas como *cláusulas de inalienabilidad*: implica acordar contractualmente la imposición de un no hacer (no poder enajenar), lo cual está prohibido por la norma actual y por su antecedente. Torres Álvarez (s. f., pp. 389 y 391) precisa que nada impediría que por medio de una promesa unilateral —artículo 1956 y siguientes (acto jurídico)— se restrinja el derecho de propiedad, dado que la prohibición es solo para relaciones contractuales (contrato). De acuerdo con esta posición, no es viable el acuerdo de voluntades, pero sí obligarse de forma unilateral. En esta línea —y con base en el criterio *ad minus ad mayor*—, quien no puede lo más, que es "acordar con otro", no podría limitarse a sí mismo.

Arias Schreiber (1991, p. 34) opta por la denominación negativa: prohibición de las cláusulas de inalienabilidad, mientras que Bullard (2007, p. 19 y ss.) opta por una forma positiva: principio de libertad de disposición de los bienes.

La doctrina nacional (Arias Schreiber, 1991, p. 34) considera que este principio tiene una doble razón:

- Tiene motivación moral y de justicia
- Es de orden económico-social. Está en relación directa con la circulación de la riqueza.

Hay dos claras posiciones en lo que respecta a este principio:

- ***A favor***

Evitar la paralización de la riqueza y la comisión de abusos es el sustento de la proscripción de las cláusulas de inalienabilidad.

Respaldan esta posición: Romero Romaña, Castañeda, Arias Schreiber y Cuadros Villena.

- ***En contra***

Una regla absoluta, interpretando literalmente el artículo 882, conduciría al absurdo y limitaría el tráfico económico, lo que es contrario a las normas de la economía de la libertad de la oferta y demanda que descartan el intervencionismo del Estado —un modelo económico liberal de *laissez faire*— y reduciría el campo de acción de la autonomía privada. Es razonable que, en materia de propiedad, deba existir una regla similar al usufructo (art. 1001, que lo permite hasta 30 años) o, incluso, al usufructo vitalicio (en relación

con la vida del usufructuario), *i. e.*, que se permita, por lo menos en un tiempo determinado, la facultad para limitar la transferencia de propiedad.

Las *Propuestas de reforma del Código Civil*[49] plantean una modificación del artículo 882: "Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado". Ello se fundamenta en que la práctica ha demostrado que la prohibición absoluta es inconveniente. Se admite, así, un *ius prohibendi* relativo.

Bullard (2007, p. 22) se encuentra a favor de esta posición[50].

El aceptar la limitación de enajenar, es decir, restringir la disposición, parece ser la tendencia actual.

- ***Intermedia***

Si bien el Código consagra el principio de *prohibición de las cláusulas de inalienabilidad*, la Constitución Política de 1993 trata los bienes como el motor del desarrollo económico, de modo que la libertad de las personas sobre sus bienes permite una generación de riqueza que crea un bienestar en la sociedad.

En esta línea, Martín Mejorada (IUS360, 21 de mayo del 2015) considera que el artículo 882 debe ser interpretado a la luz de la Constitución, en tanto fomenta la libertad del control de los privados sobre sus bienes, y no restringirse la libertad de las personas —típica expresión cuando un Estado controla las decisiones económicas—. Hoy, no podemos concebir que algo así subsista, de allí que probablemente el artículo 882 esté derogado tácitamente o que, al menos, su interpretación deba realizarse en forma menos restrictiva que la que establece el Código.

En una línea intermedia, Maisch von Humboldt (1983, p. 26) propuso en su Proyecto:

> Artículo 4.- Prohibición de enajenar. Solo la ley puede establecer la prohibición de enajenar bienes o derechos reales.
>
> La prohibición de enajenar puede ser también de origen contractual o testamentario, pero solo en los casos en que la ley expresamente lo autorice y por el término que ella señale.

---

49 Diario oficial *El Peruano*, martes 11 de abril del 2006.

50 Peñailillo (2014, p. 139, nota 167) plantea la distinción que se da en doctrina respecto a la obligación de no disponer y la prohición convencional de no disponer. Vid. Egúsquiza (1990, p. 60).

Toda persona tiene derecho a transmitir libremente su propiedad por acto *inter vivos* o *mortis causa*. La libertad de enajenar —entiéndase, *disponer*— implica libertad de ejercer el derecho de enajenar o gravar en función de tiempo, lugar o de persona, cuando lo desee el enajenante, donde lo desee, en favor de quien lo desee, a título oneroso o gratuito (Cuadros Villena, 1994, p. 58). Nadie me puede impedir que venda o grave. No admite la ley que se supedite una venta a una no enajenación del bien ("compras, pero no puedes vender") o a un no gravamen ("compras, pero no puedes gravar") del nuevo adquirente.

La propiedad sienta sus bases en dos principios:

- Inviolabilidad
- Libre enajenabilidad

Una de las razones de esta norma está en el segundo principio (libre enajenabilidad): la libertad de enajenar o gravar es una de las máximas garantías de la propiedad privada. Además, los bienes deben circular, debe tenderse a su movilidad, no es dable limitar su tráfico, *máxime* cuando la voluntad del *dominus* lo justifique.

De esta manera, se proscriben antiguas instituciones que tenían como sustento la inmovilidad de los bienes raíces, como las propiedades vinculadas, el mayorazgo, las capellanías, los censos irredimibles y las manos muertas, entre otras, que limitaban la libre circulación de los bienes, para, en cambio, producir la desvinculación y desamortización de los bienes y su entrada al tráfico jurídico.

Gonzales Barrón (2013, pp. 138 y 139) considera que nuestro sistema se inspira en la prohibición de crear derechos reales (art. 881), por lo que resulta evidente que existe una relación con la norma que declara la invalidez de los pactos que impiden enajenar o gravar (art. 882); ambas normas están vinculadas. Asimismo, como refiere Torres Álvarez (s. f., p. 388), la voluntad del legislador —dado que no permite limitar la facultad de disponer— busca proteger el núcleo del derecho de propiedad, no desnaturalizarlo y evitar que el mismo pueda convertirse en una especie de *nuda propiedad* (una propiedad desnuda, sin los atributos que la caracterizan).

De la mano con lo que dicta la norma, el Tribunal Registral de la Sunarp ha dictado el siguiente precedente de observancia obligatoria:

> Las restricciones convencionales de la propiedad establecidas por pacto no pueden comprender —de manera absoluta, relativa ni temporal— los atributos de enajenación o gravamen del bien, salvo que la Ley lo permita,

> conforme con lo previsto por el artículo 882 del Código Civil, pues existe un interés superior de que los bienes circulen libremente en el mercado[51].

Este principio es pleno en relación con la *prohibición* de enajenar, pero relativo en cuanto a la limitación de *enajenar*; *i. e.*, no se puede prohibir que el titular venda su bien, pero sí se puede limitarle el momento y las condiciones de su venta.

¿Prohibición absoluta o relativa?

Es en este sentido que Torres Álvarez (s. f., p. 389) indica que la prohibición es absoluta, en la medida en que no está permitido obligarse a no enajenar o gravar un bien por un tiempo ilimitado frente a cualquier persona. Sin embargo, esto es relativo porque sería jurídica y lógicamente aceptable pactar una obligación de no enajenar o gravar por un plazo determinado o frente a una persona o personas determinadas, pudiéndose enajenar o gravar frente a otras.

En la misma línea, Osterling y Castillo (1994, p. 284) indican que resulta imposible pactar de manera absoluta o perpetua la obligación de no enajenar un bien a nadie, pero consideran que tal vez no se desnaturalizaría el derecho de propiedad al establecer: i) una prohibición perpetua a una o varias personas determinadas (no obligarse a vender un local a un banco de la competencia del acreedor (vendedor); ii) una prohibición temporal respecto de toda persona (plazo de carácter resolutorio).

Téngase presente que no se puede prohibir la facultad de enajenar; sin embargo, sí puede restringirse (derecho de preferencia, contrato de opción, vender a un valor determinado).

Veamos la diversidad de tipos de prohibiciones.

18.3.1 Prohibiciones legales a la libertad de enajenación

Son aquellas establecidas en forma expresa por la ley.

– ***Prohibiciones absolutas***

Llamadas también *totales*.

La Constitución plantea algunas:

– Prohibición a los extranjeros de ser propietarios o poseedores, dentro de los cincuenta kilómetros de frontera, de minas, tierras, bosques,

51 Criterio adoptado en las Resoluciones 019-2008-SUNARP-TR-A, del 18 de enero del 2008, y 086-2009-SUNARP-TR-A, del 06 de marzo del 2009.

aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. A decir de García Toma (1998, t. II, p. 134), esta prohibición se hace en aras de la seguridad nacional. "Con ello se pretende crear la existencia de una *situación de frontera* que permita liberar al país de influencias atentatorias contra fines de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana". Según Peñailillo (2014, p. 138), se trata de una restricción para la negociación inmobiliaria en las zonas fronterizas (art. 71).

– Por razón de interés nacional se establecen restricciones y prohibiciones a la propiedad (art. 72).
– Los bienes de uso público no son objeto de derecho privado (art. 73).
– La propiedad de las comunidades campesinas es inalienable (art. 163).

El Código plantea la siguiente:

No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas. Según Suárez Gamarra (2007), siendo esta una norma de orden público, cualquier pacto en contrario sería nulo (inc. 8 del art. 219).

– ***Prohibiciones relativas***

Llamadas también *parciales*.

– *Por la necesidad y utilidad.* Disposición de bienes de menores de edad o incapaces en la medida en que se pruebe la necesidad y utilidad (Código Civil, arts. 447 y 448).
– *Por el tiempo.* Limitación a la transferencia, gravamen o afectación de acciones hasta por un plazo de diez años (art. 10 de la Ley General de Sociedades).

18.3.2 Limitaciones a la libertad de enajenación

Existen casos en que es aceptable, a criterio de Cuadros Villena (1994, pp. 59 y 60), que la limitación sea admitida, tomando en cuenta que:

- La libertad de enajenar solo se suspende, no se prohíbe
- Sea por plazos muy breves, no pudiendo ser eterna o perpetua

– ***Limitaciones convencionales***

Son las llamadas *estipulaciones limitativas de la facultad de disposición* (Peñailillo, 2014, p. 139), convención por la que el propietario se obliga a no disponer del bien, sea material o jurídicamente.

Peñailillo (2014, p. 139) considera que la no disposición material (para preservar bienes de algún valor especial: artístico, histórico, familiar, ecológico) no presenta mayor dificultad y no es frecuente; y que la facultad de no disponer jurídicamente es más aplicada y presenta conflicto y donde surgen los criterios a favor o en contra.

La libertad de enajenar es la regla. La ley faculta que las partes pacten limitaciones a la enajenación que funcionan como una suerte de excepciones a la regla.

Diversos autores nacionales, entre ellos Cuadros Villena (1994, pp. 58 y 59), Gonzales Barrón (2013, p. 146 y ss), Ramírez Cruz (2003, t. II, p. 117) y Torres Vásquez (2006, p. 124), nos indican los siguientes casos:

- ***Contratos preparatorios***

  - ***Compromiso de contratar***

    Es la obligación de hacer que pactan las partes para, en un futuro, celebrar un contrato definitivo (art. 1414). El plazo debe ser determinado o determinable; a falta de ello, se entenderá que es de un año (art. 1416).

  - ***Contrato de opción***

    Es la obligación de hacer de una de las partes (comprar o vender) para, en un futuro, celebrar un contrato definitivo, mientras que la otra parte tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no (art. 1419). El plazo debe ser determinado o determinable; a falta de ello, se entenderá que es de un año (art. 1423).

- ***Retracto***

Es el derecho de un tercero —retrayente— de subrogarse en el lugar del comprador —adquiriente— en el contrato de compraventa (art. 1592).

- ***Retroventa***

Es el derecho del vendedor de resolver en forma unilateral el contrato sin decisión judicial (art. 1586), en el plazo de dos años, para inmueble, o de uno, para mueble (art. 1587). No se trata de una nueva venta; es resolver la

existente de manera que se restituye el bien: se extingue el contrato y no hay daños ni precio que pagar.

- ***Pacto de indivisión*** (art. 993).
- ***Sustituciones fideicomisarias*** (arts. 689 y 768).
- ***Pacto de reversión***

Aplicado al contrato de donación (arts. 1631 y 1632).

- ***Prohibición de transferir el usufructo y la superficie*** (arts. 1031 y 1002, respectivamente).
- ***Cargo o modo testamentarios o en donación,*** aplicados en el legado (art. 768), herencia voluntaria (art. 689) o la donación (arts. 187, 1642).

  – ***La no disposición del derecho de uso y habitación*** (art. 1029).

  – ***Las cláusulas de exclusividad en el contrato de suministro*** (arts. 1616 y 1617).

  Además de ello, podemos agregar:

- ***Patrimonio familiar*** (art. 488)

Institución del derecho de familia cuya característica está dada porque el bien que se constituye como tal termina siendo inalienable e inembargable. La inalienabilidad implica la imposibilidad de enajenar el bien. Está expresamente prohibido que el bien constituido como patrimonio familiar sea transferido a título oneroso o gratuito, individualmente o en su totalidad.

No puede ser objeto de venta, donación, permuta, dación en pago, renuncia, legado ni mejora testamentaria. Esta prohibición tiene como fundamento su propia naturaleza. Al haber sido constituido a favor de ciertos beneficiarios, no podrá ser transferido, tampoco dado en garantía, salvo que se desafecte. La desafectación implica que readquiera la calidad de bien transferible, siendo el propio instituyente —con la anuencia de las personas a favor de quienes se instituyó— quien, previo los trámites que señala la ley, realice el acto jurídico que los libere de dicha carga (Varsi Rospigliosi, 2012, p. 485 y ss.).

Limitaciones legales

Torres Vásquez (2006, p. 124) indica con precisión que no pueden confundirse las cláusulas de enajenar o gravar con las prohibiciones de enajenar o gravar provenientes de la ley. Entre estas se encuentran:

- Los derechos personales no pueden ser objeto de cesión (art. 5).
- Prohibición de actos de disposición del cuerpo humano cuando atenten contra la integridad o sean contrarios al orden público o las buenas costumbres (art. 6).
- No se pueden celebrar convenios respecto al nombre de la persona (art. 27).
- La calidad de asociado es personal e intransmisible (art. 89).
- Los padres no pueden transferir su derecho de usufructo (art. 440).
- Los padres no pueden enajenar bienes de sus hijos (art. 447).
- Los padres necesitan autorización judicial para realizar ciertos actos (art. 488).
- Autorización judicial para enajenar o gravar bienes del pupilo (art. 531).
- Autorización judicial para enajenar o gravar bienes del curado (art. 568).
- Limitaciones a la explotación industrial del predio (art. 961).
- El usufructo legal no puede ser transferido ni gravado (art. 1002).
- El uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico (art. 1029).
- Las obligaciones se transmiten a los herederos, salvo las personales, lo prohíba la ley o se haya pactado en contra (art. 1218).
- No pueden adquirir derechos reales ciertas personas (art. 1366).

Asimismo, hay otros casos:

- En caso de que el usufructuario sea una persona jurídica, el plazo no puede exceder de treinta años, siendo todo exceso reducido al indicado (art. 1001).
- La ley puede delimitar al sujeto, indicando quién puede serlo: caso especial del usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos (art. 423-8).

Ámbito de aplicación

Existen dos claras tendencias:

- *Aplicación amplia*

La limitación es para todo acto de disposición, de forma que el artículo 882 está en conexión con el 881. No son válidos los pactos restrictivos de constitución de otros derechos reales, como sería prohibir la constitución

de usufructos o superficies al titular, pues ello conllevaría a la admisión de una propiedad atípica en la que no se cuente con el uso o disfrute por el acto de renuncia, presentándose el caso de una propiedad que no cumple con el artículo 923. Una cláusula así limitante crearía nuevos derechos reales, derechos atípicos (Gonzales Barrón, 2013, t. I, p. 145).

En el mismo sentido, en la enajenación no solo importa la transferencia del derecho de propiedad, sino también de otros derechos reales; la prohibición abarca a todos los derechos reales. Es así que Vieira (2008, pp. 670 y 671) nos indica que cualquier limitación convencional al derecho de propiedad se encuentra sujeta al principio de tipicidad; una cláusula negocial que limite el uso de la cosa por el propietario en un cierto fin (habitación, por ejemplo) o que le coarte la facultad de construir (poder de transformación) da lugar a una propiedad atípica, con un goce limitado, violación de lo dispuesto por el artículo 1306-1[52] del Código portugués.

No acepta el *ius prohibendi*.

La regla sería: "Son inválidos los pactos que prohíben enajenar, gravar o imponer cargas o constituir derechos reales limitados".

- *Aplicación restringida*

La limitación es solo para los actos de transmisión de propiedad. La enajenación no comprende la desmembración de dominio, por lo que nada impide que se prohíba la constitución de usufructo, uso, habitación (Arias Schreiber, 1991, p. 35), agregando nosotros servidumbre y superficie. *V. g.*, puedo dar en anticipo de legítima un bien, pero sujeto a un usufructo vitalicio (la casa es de *A*, pero de *B* el disfrute hasta su muerte). Si bien en este caso puede disponerse libremente del bien, el mismo será transferido con la carga.

Avendaño Arana, en este mismo sentido, considera que la prohibición solo se refiere al derecho de propiedad (vender o donar); la prohibición no se refiere a las desmembraciones del derecho de propiedad; así, nada impide un pacto que prohíba constituir otro derecho real (salvo hipoteca o anticresis) o que se prohíba transferir otros derechos reales (salvo uso y habitación). Además, acierta en decir el autor que "la interpretación restrictiva debe prevalecer porque las normas que limitan derechos se interpretan restrictivamente" (2012, p. 127).

---

52 Artigo 1306 («*Numerus clausus*»). 1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional. 2. O quinhão e o compáscuo constituídos até à entrada em vigor deste código ficam sujeitos à legislação anterior.

La regla sería: "Son inválidos los pactos que prohíben enajenar o gravar; sin embargo, se pueden imponer cargas o constituir derechos reales limitados".

18.4 Principio de extensión material de la propiedad

Se refiere al contenido extrínseco del derecho de propiedad.

Llamado también *principio de extensión de dominio*.

Los bienes corporales o materiales tienen límites en los que se extiende la propiedad sobre ellos, pero debemos diferenciar:

– *Bienes muebles*

No hay problema mayor.

Sus contornos materiales constituyen el límite, su extensión está determinada, ocupan un lugar, un espacio perfectamente definido (imaginemos el espacio que ocupa una silla). Caso complejo es el de los fluidos (agua, gases), que necesitan ser individualizados en un recipiente que los contenga (Peñailillo, 2014, p. 143).

– *Bienes inmuebles*

Con estos es donde deben formularse mayores precisiones.

Su extensión no puede ser definida con tanta seguridad.

Estos bienes tienen un:

- *Plano horizontal*, que es el suelo, propiamente la *superficie*: *súper*, sobre; y *facies*, cara: la cara externa de un plano. Los deslindes son los que demarcan la extensión.
- *Plano vertical*, donde se presentan dificultades que se traducen en la extensión del domino hacia el subsuelo, la cara interna del plano, *interficie* (subsuelo, fondo, profundidad) y hacia el espacio aéreo (altura, columna de aire). Es la altura y la profundidad.

Para los romanos —en una primera etapa—, la propiedad no tenía límites en cuanto a su extensión, altura o profundidad (Cárdenas Quirós, s. f., p. 8). El titular ejercía una soberanía sustentada en la verticalidad de la propiedad, en su altura y profundidad. Y es que el poder del propietario de un bien sería inútil si recayera solamente en su superficie (Gomes, 2012, p. 128).

Se extendía sobre el suelo hasta el cielo, y por debajo hasta el centro de la tierra; de allí el clásico aforismo romano, condensado por los

glosadores[53]: *Cuius est solum ejus est usque* ad *coelum et ad usque* ad *inferos* (El dueño del suelo lo es también del cielo que está encima y del subsuelo que está debajo, hasta el infierno). La cosa inmueble tenía una extensión prácticamente ilimitada, incluyendo todo lo que se encontraba linealmente (derecho de suelo), encima (derecho de vuelo) y debajo de la superficie (derecho de sobrevuelo).

Se llegó a decir que "Toda propiedad, en rigor, sería una pirámide con el vértice en el centro de la tierra y la base en el infinito" (Bonfante, Bonfante y Crifò, 1966, pp. 260 y 261). Líneas y planos serían convergentes hasta el centro, formando una pirámide invertida o una figura geométrica semejante (Peñailillo, 2014, p. 143).

Además:

> En épocas pretéritas, con posibilidades tecnológicas restringidas, el uso no podría llegar a zonas muy elevadas ni profundas, por lo que había pocas posibilidades de conflicto y, por tanto, de incitación a rebelarse contra el planteamiento (Peñailillo, 2014, p. 143, nota 175 *in fine*).

Sin embargo, este criterio absoluto perdió vigencia, puesto que se dio paso al criterio social de la propiedad. Esta adquiere otra concepción, limitándose su extensión al factor utilidad (Rivera Bustamante, 2007, p. 253). No solo basta con que sea mío; es necesario que lo use en lo que sea razonable.

El principio de navegación aérea y la valorización económica de las minas y los yacimientos marcan una delimitación (Gomes, 2012, p. 129). Hoy en día, las antiguas teorías de la extensión ilimitada de la propiedad resultan incompatibles con el hecho de que la Tierra gira, a lo que se suma el desarrollo de la tecnología moderna (Álvarez Caperochipi, 1986, p. 69).

En la actualidad, se toman en cuenta criterios razonables en el uso del suelo, sobresuelo y subsuelo. No es ya un uso exclusivo e irrestricto; se trata de un uso eficientemente social, un uso útil que no implique un abuso. Es el interés colectivo el que marca los límites de la propiedad. El propietario debe usar el bien en mérito de sus necesidades (núcleo positivo), descartándose el abuso del derecho (núcleo negativo).

Así, esta exagerada y, para algunos, hiperbólica teoría, no puede actualmente ser admitida en razón de que todo derecho tiene límites, debe responder a una

---

53 Se ha manifestado que se trata de un aforismo medieval, que no responde a la época romana, atribuido a Cino da Pistoia (1270-1336), quien, como posglosador, en el siglo XIV plasmó a manera de brocardo los precedentes doctrinales sobre la extensión de la propiedad.

necesidad y utilidad del propietario, además de cumplir una función social. Con esta corriente, el Estado marca las fronteras del subsuelo y el sobresuelo. El titular debe someterse a las necesidades sociales y al orden que el Estado determine con base en las reglas del territorio nacional (art. 54[54] de la Constitución), quedando siempre por encima el interés común.

Por otro lado, la propiedad debe extenderse en sentido vertical. Sería significativamente inútil e inocuo el caso de un propietario que tuviese poder solo sobre la superficie. El poder del propietario se extiende en forma tridimensional: superficie (plano horizontal), arriba y abajo (planos verticales); el problema es fijar el límite vertical de la propiedad (Álvarez Caperochipi, 1986, p. 69).

El subsuelo y espacio son meras extensiones de la propiedad de la superficie, *i. e.*, simples consecuencias; de allí que se sostenga que el inmueble es un todo inescindible, constituido por la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo; no son tres derechos distintos; se trata de un solo derecho (Gomes, 2012, p. 128).

El principio de extensión de la propiedad es tratado en el artículo 954 del Código:

> La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Pero la extensión no es solo una cuestión del particular; está sometida al interés social, de forma tal que no podemos pretender adueñarnos del sobresuelo (espacio aéreo) o del subsuelo (recursos naturales y demás).

El propietario tiene derecho sobre el volumen necesario para el uso de la finca, de acuerdo con su destino económico y con las limitaciones

---

54 Artículo 54.- El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.
El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.
El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

establecidas por las leyes. Así, la propiedad se extiende a todo aquello que sea susceptible de apropiación y en la medida en que le sea útil, salvo las riquezas del subsuelo, hidrocarburos, minerales y restos arqueológicos.

El límite de extensión de la propiedad también lo encontramos, entre otros, en el *Codice*, artículo 840[55]; *Code*, artículo 552[56]; BGB, artículo 905[57]; Código suizo, artículo 667[58]; Código boliviano, artículo 111[59]; Código de Brasil, artículo 1229[60]; Código portugués, artículo 1344[61]; Código de

---

55 Artículo 840.- Sottosuolo e spazio sovrastante al suolo. La proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere (826). Sono del pari salve le limitazioni derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali (Cod. Nav. 714 e seguenti).
Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle (Cod. Nav. 823).

56 Artículo 552.- La propiedad del suelo conlleva la propiedad de lo situado encima y debajo de él. El propietario puede hacer sobre él todas las plantaciones y construcciones que considere oportunas, salvo las excepciones establecidas en el título "De las servidumbres o servicios rústicos. Puede hacer bajo él todas las construcciones y excavaciones que considere oportunas y obtener de esas excavaciones todos los productos que puedan proporcionar, salvo las modificaciones resultantes de las leyes y reglamentos relativos a las minas y de las leyes y reglamentos de policía.

57 Artículo 905.- Extensión de la propiedad. El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio sobre la superficie y al cuerpo de la tierra bajo la superficie. El propietario no puede, sin embargo, prohibir interferencias que se realicen a tal altura y profundidad que él no tenga ningún interés en la exclusión.

58 Artículo 667.- 1. La propiedad de la tierra se extiende hacia arriba en el aire y hacia abajo en el suelo en la medida determinada por el interés legítimo del titular en el ejercicio de sus derechos de propiedad. 2. Dentro de los límites prescritos por la ley, que incluye todos los edificios y plantas, así como los muelles.

59 Artículo 111.- (Subsuelo y sobresuelo). I. La propiedad del suelo se extiende al subsuelo y sobresuelo, prolongados desde el área limitada por el perímetro superficial hasta donde tenga interés el propietario para el ejercicio de su derecho. II. Esta disposición no se aplica a las substancias minerales, a los hidrocarburos, a los objetos arqueológicos y a otros bienes regidos por leyes especiales.

60 Artículo 1.229.- A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

61 Artículo 1344.- (Limites materiais). 1. A propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico. 2. O proprietário não pode, todavia, proibir os actos de terceiro que, pela altura ou profundidade a que têm lugar, não haja interesse em impedir.

Paraguay, artículo 1956[62]; y el reciente Código Civil y Comercial argentino, artículo 1945[63].

El suelo, subsuelo o sobresuelo, como una misma unidad inmobiliaria, pueden ser de un mismo propietario o corresponder a titulares distintos: es lo que se conoce como *la estratificación de la propiedad* (art. 955). Esto es reconocido, además, en la propiedad horizontal (art. 955) y el derecho de superficie (art. 1030).

Ahora bien, la propiedad se extiende —también— sobre los:

- *Frutos y productos*: ambos corresponden al titular de bien del cual se derivan.
- *Partes integrantes y accesorios* de un bien: siguen la condición de este, *accesio cedit principali*[64], salvo que la ley o el contrato permitan su diferenciación o separación (arts. 889 y 1134). Rige, sobre el particular, la regla *superficies solo cedit*: la superficie cede al suelo. Todo aquello que se incorpora al inmueble pertenece a él y, por tanto, a su titular.

Es en este sentido que rige el principio de universalidad de dominio (Gomes, 2012, p. 133), lo que Valencia Zea (2012, p. 154) identifica como el carácter absorbente del derecho de propiedad, en virtud del cual atrae, cual imán, a todas las cosas que de una u otra forma le prestan un servicio en razón de colocarse bajo la influencia del objeto principal (inmuebles por adherencia y por destinación).

19. Restricciones

Llamadas también *servidumbre legales*.

---

62 Artículo 1956.- Con las limitaciones contenidas en la ley, la propiedad de un inmueble, además de comprender la superficie del terreno, se extiende a todo el espacio aéreo y al subsuelo que dentro de sus límites fueren útiles al ejercicio de este derecho.
No podrá el dueño impedir los actos que se realicen a tal altura o a tal profundidad, cuando él no tenga ningún interés en excluirlos.

63 Artículo 1945.- Extensión. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.
El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.
Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.
Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.

64 *Digesto*, L. 34, t. 2, ley 19, §13.

Es el caso de las limitaciones al derecho de propiedad.

Dominium est jus utendi fruendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur (El dominio es el derecho a usar de la cosa sin más limitaciones que las impuestas por la razón del derecho).

Penteado (2008, p. 190) diferencia las limitaciones de las restricciones. Las primeras son impuestas por la ley; las restricciones son determinadas por las partes mediante un negocio jurídico. Por nuestra parte, las usamos como sinónimos.

Todos los derechos de índole patrimonial están sujetos a restricciones que son inmanentes a ellos, pudiendo el legislador consagrarlas en mayor o en menor medida (Vieira, 2008, p. 661). Los límites de la propiedad responden, normal y comúnmente, a un concepto económico, al interés público y, además, a un criterio político. Se busca el máximo interés de la sociedad, una coexistencia apacible, donde uno no sea molestado y no se moleste a los demás. Algunos principios generales del derecho, como la igualdad y el descarte del abuso del derecho, son aplicados con amplitud, de forma tal que el derecho del propietario encuentra limitaciones cada vez más enérgicas (Gomes, 2012, p. 135). Es el Estado quien hace presente su política de intervención acorde con los intereses.

Desde el derecho romano —precisamente, desde su etapa republicana— se establecieron limitaciones al derecho de propiedad, como la expropiación y el pago de tributos (Maisch von Humboldt, 1984, p. 47).

La propiedad, a pesar de ser un derecho pleno, puede ser limitada, sea por la ley (función social) o por el acuerdo entre las partes (interés privado); ahí radica su relatividad, más que absolutez. Así las cosas, no existe desde el punto de vista patrimonial derecho absoluto: todos son relativos.

Sea la causa que se dé, existen limitaciones a la propiedad como derecho; en efecto, como derecho de tercero respecto de nuestros bienes; de allí que algunos las denominen *servidumbres públicas* o *forzosas*.

Para Gomes (2012, p. 137), las limitaciones de la propiedad se clasifican de acuerdo con los siguientes criterios:

- Por su *extensión*: es el caso de la expropiación.
- Por su *fundamento*: pueden ser agrupadas acorde con el interés privado o el público.
- Por su *fuente*: pueden ser legales (ley), jurídicas (principios del derecho) o voluntarias (por discrecionalidad).

La restricción de la propiedad obedece a un criterio uniforme: no puede perjudicar ni beneficiar plenamente ni a uno a otro. Debe ser equitativa, precisa e igualitaria, *quanti minoris*.

19.1 Restricciones legales

La ley puede limitar el derecho de propiedad.

Al ser impuestas, no cabe negociación alguna, son unilaterales.

Así lo hace el Código Civil.

Artículo 923	Artículo 925
La propiedad debe ejercerse en: • Armonía con el interés social • Dentro de los límites de la ley	Las restricciones legales de la propiedad son: • Necesidad y utilidad pública • Interés social

Las causales de restricción de la propiedad responden, en el orden común, al derecho público, básicamente al derecho administrativo. Entre ellas tenemos:

- Interés social
- Utilidad pública
- Necesidad pública

Queda claro que fuera de estas causas no puede restringirse la propiedad. Además de ello, estas restricciones legales no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico (art. 925 *in fine)*. La voluntad de las partes no puede cambiar la determinación legal. Esta norma encierra una restricción (limita la voluntad) y una garantía (protege a la sociedad) (Gutiérrez Camacho, 2007a, p. 147).

La propiedad moderna, según Gutiérrez Camacho (2007a, pp. 145 a 147), conoce un sinnúmero de limitaciones impuestas por razones de conveniencia social; entre ellas por razones de:

- Salud
- Seguridad
- Medio ambiente

Para Gomes (2012, p. 139), las restricciones se dan por:

– Cultura
– Higiene
– Urbanismo
– Salud pública
– Defensa social
– Seguridad jurídica
– Economía popular
– Prosperidad pública
– Funcionamiento de servicios públicos

La privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación o restricción del derecho de propiedad, sino un sacrificio al mismo[65].

Las causas legales de restricción de la propiedad son:

- Por vecindad
- *Ius usus innocui*
- Abuso del derecho
- Por cuestiones ambientales

Además de ellas, tenemos las restricciones legales administrativas, donde la manifestación de voluntad está totalmente restringida. Las limitaciones se rigen por norma expresa, y son:

- Subdivisión
- Habilitación
- Zonificación

Otras causas de restricción legal de la propiedad las tenemos en:

– Derechos reales *numerus clausus*: solo pueden afectarse bienes respecto de los derechos reales reconocidos por el Código (art. 881).
– Legítima: parte de la herencia, de la que el testador no puede disponer libremente cuando tiene herederos forzosos (art. 723).

65 Cas. 4142-2011-Lima.

- Hijos u otros descendientes y cónyuge o conviviente: solo puede disponer hasta el tercio (1/3) de sus bienes (art. 725).
- Padre u otros ascendientes: solo puede disponer hasta la mitad (1/2) de sus bienes (art. 726).
- Solo en el caso de que no tenga cónyuge/conviviente, hijos/descendientes o padres/ascendientes, puede disponer de la totalidad de sus bienes (art. 727).
- Servidumbres legales (impuestas por ley: servidumbre de paso) (art. 1051).
- Pago de tributos[66]: alcabala (impuesto que grava transferencias de propiedad de bienes inmuebles —urbanos o rústicos— a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad, incluso ventas con reserva de dominio), terrenos sin construir.

19.1.1 Limitaciones por razón de vecindad

"No tendrás paz si tu vecino no lo quiere" (Peñailillo, 2014, p. 147).

La vecindad implica, necesariamente, tolerancia, comprensión, convivencia (seguimiento de una diaria democracia).

Está en relación con los vecinos, contiguos o cercanos. La proximidad de los predios genera, *inter partes*, compromisos y responsabilidades. Los derechos de vecindad son impuestos por la ley o por acuerdos entre las partes a fin de regular las relaciones humanas y el uso adecuado de los predios.

La vecindad o contigüidad impone una serie de limitaciones a sus titulares a fin de hacer posible el mejor ejercicio de sus derechos (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 159). Considera Peñailillo (2014, p. 147) que las "normas sobre relaciones de vecindad son el conjunto de reglas que se refieren a los derechos y deberes de las personas debido a que viven en estado de vecindad, proximidad o cercanía".

---

66 El Tribunal Constitucional precisó que se puede revisar actos de la Sunat que afecten el derecho de propiedad. El derecho de propiedad garantiza los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que son susceptibles de apreciación económica. Desde la administración tributaria, se interviene este cuando se grava al contribuyente con un tributo inconstitucional, no se devuelve el monto de un impuesto indebidamente pagado (previa declaración administrativa o jurisdiccional) o no se pagan los intereses devengados. Así lo ha precisado el Tribunal Constitucional a través de la STC Exp. 03404-2013-PA/TC, mediante la cual declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por la empresa Alicorp S.A. contra una resolución expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el marco de un proceso judicial contra la Administración Tributaria. Fuente: www.laley.pe, revisado el 25 de noviembre del 2016.

Gomes (2012, p. 204) afirma que, respecto a su naturaleza jurídica, los derechos de vecindad son considerados como limitaciones legales de la propiedad o servidumbres legales. En nuestro medio, nos decantamos por la primera: limitaciones (obligaciones *propter rem*, *ob rem, obligatio in rem scriptae*); *i. e.*, cumplen una función a favor de los demás, limitando la desproporción.

Están reguladas en los artículos 959 a 964:

- Actos para evitar peligro en propiedades vecinas (art. 959).
- Paso de materiales de construcción por predio ajeno (art. 960).
- Límite a la explotación industrial de un predio (art. 961).
- Prohibición de abrir o cavar pozos que dañen la propiedad vecina (art. 962).
- Obras y depósitos nocivos y peligrosos (art. 963).
- Paso de aguas por predios vecinos (art. 964).

En estos casos, el vecino que se ve afectado por los actos de su colindante tiene derecho a que se le indemnice por los daños causados (*cautio damni infecti* o *stipulatio damni non facti*, consagrada por Bonfante). Es lo que se conoce como la responsabilidad sin culpa en las relaciones de vecindad.

González Linares (2012, p. 360) refiere que, para la configuración del límite en las relaciones de vecindad, se requiere el concurso de los siguientes elementos:

- Proporcionalidad
- Provisionalidad
- Presencia del propietario
- Existencia de un peligro actual e inminente

19.1.2 *Ius usus innocui*

Es el denominado *derecho del uso inocuo o uso inofensivo*.

Es un derecho personal conferido a un tercero para que obtenga provecho del uso de un bien ajeno, demostrada la necesidad de ello.

Se le confiere al tercero el derecho de uso sobre una bien cuya propiedad no le pertenece. A pesar de que la propiedad tiene como característica ser un derecho excluyente (*i. e.*, solo el titular puede hacer uso de ella, no los terceros), existe una excepción en el derecho de usar la propiedad ajena sin perjuicio alguno para su propietario (González Linares, 2012, p. 358). Así, se

trata de un derecho de excepción en aras de proteger los intereses sobre un bien, debiendo ser el uso justificado (noble) y evitarse el perjuicio (daño).

El *ius usus innocui* es una institución del derecho consuetudinario que tiene su apoyo en el Levítico (XIX, 9, 10)[67]; equivale al *soutelo*[68] de los gallegos, al *emprìu*[69] catalán (Duque, febrero del 2008); y en la regla del derecho aragonés "cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no le haga daño al poseedor" (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 162). Este derecho es tratado de forma expresa en el artículo 699[70] del Código suizo.

Se encuentra consagrado en el aforismo *Quod tibi non nocet et alii prodest, non prohibetur* (No debe prohibirse lo que no perjudica a uno y favorece a otro); en sencillo: lo que a ti no te daña y a otro beneficia, no puede prohibirse. El propietario se abstiene de hacer algo —*non facere*— frente a un tercero que se aprovecha del bien, tolerando el acto —*pati*—.

En este derecho intervienen dos actores, cada cual con sus compromisos:

- *El propietario*: puede lícitamente excluir a los demás del uso de su bien, *ius prohibiendi*; el derecho de propiedad es un derecho exclusivo. Por insignificante que sea, es necesario medir hasta qué punto dicha restricción es una conducta antisocial y constitutiva de un abuso del derecho (Díez-Picazo y Gullón, 1986, p. 162).

---

67 Antecedente: Levítico XIX, 9. Cuando siegues la mies de tu tierra, no segarás hasta el último rincón de ella, ni espigarás tu tierra segada. 10. Y no rebuscarás tu viña, ni recogerás el fruto caído de tu viña; para el pobre y para el extranjero lo dejarás.

68 "En varias comarcas de Galicia figura la costumbre del soutelo, que practican las gentes pobres, de posición humilde, buscando los frutos que se desprenden de los castaños, por consecuencia de un temporal. Los rebuscadores van recorriendo los soutos, provistos de cestos, en los que recogen los erizos que han sido derribados; y tan lícito consideran esto que constituye para ellos un derecho consuetudinario, pues aunque se vean sorprendidos por los dueños, no se inmutan ni se arredran, porque la costumbre inmemorial viene ya de uso no interrumpido" (Universidad de Santiago de Compostela, 2016).

69 "L'Empriu és una norma jurídica del dret consuetudinari català codificada en tant en forma d'usatge com en forma de costum, que determina el dret d'ús comunal per part dels veïns d'una vila als béns rústics del municipi, ja siguin pastures, boscos o aigües. El terme *empriu* o *emprius*, com a conseqüència, també fa referència a la terra del comú o altre bé objecte d'aquest dret" (Empriu, 2016).

70 Art. 699.- 1 L'accesso ai boschi, alle selve ed ai pascoli e la raccolta di bacche selvatiche, funghi e simili cose sono concessi ad ognuno, secondo l'uso locale, riservate le disposizioni proibitive che l'autorità competente può emanare, limitatamente a certi fondi, nell'interesse delle colture. 2 Il diritto cantonale può decretare ulteriori disposizioni circa l'accesso ai fondi altrui per l'esercizio della caccia o della pesca.

- *El tercero*: su ejercicio requiere de control y prudencia (Peñailillo, 2014, p. 130).

López de Haro (1920) —uno de los primeros en su estudio— nos dice que "es el derecho de aprovecharse de una cosa ajena, usándola por una razón de utilidad, sin que el dueño sufra perjuicio". Se desenvuelve con base en el principio de equidad, que nos lleva a establecer que el derecho no admite el egoísmo. Permite que un tercero pueda usar un bien sin perjudicar los intereses del propietario, en la medida en que se trate de un uso inofensivo. Lo que aquí está presente, por obvias razones, es la tolerancia del propietario y el beneficio de un ajeno. Se descartan los *actos de emulación* cuando el propietario realiza actos sin provecho alguno, con la única finalidad de causar daño a un tercero (*v. g.*, ruidos).

Debemos diferenciar con Fernández Domingo (2014):

> Entre una tolerancia de alguna manera obligatoria..., y esa otra mera tolerancia, que, fuera de la tipicidad de referencia, se basa, única y exclusivamente, en la actitud del dueño; quien, por razones que sean, no actúa frente al vecino que lleva a cabo algún tipo de inmisión (p. 118).

Con frecuencia, la doctrina cita como ejemplo el caso de quien *rebusca* los frutos sobrantes, una vez practicada la recolección, a fin de encontrar aquello que pueda servir; es el caso del *espigueo* o *espigolar*; institución del derecho consuetudinario que implica sacar un provecho de los restos de una cosecha, como refiere Ramón Fernández (2002):

> Rebusca o recogida de frutos que, después de ser recolectados por el propietario, quedan en el campo, entre otros: aceitunas, almendras, bellotas, maíz y cualquier otro producto, tomando el nombre especial de espigueo cuando se trata de cereales, lo que vulgarmente se llama *gavilla de los pobres* [cursivas añadidas] (p. 179).

Se da, también, en otros casos:

– Utilizar fuentes de agua

– Pasar por un fundo abierto

– Cruzar por un fundo cuando la entrada del propio se ha inundado

En lo que se refiere a su naturaleza jurídica, se discute entre si es:

- Un derecho
- Un principio general del derecho
- Una institución del derecho consuetudinario

Consideramos que se trata de un derecho de uso del tercero respecto del predio colindante, derivado de la relación de vecindad.

Base legal: artículos 959 y 960.

19.1.3 Actos de inmisión

La inmisión es una injerencia, un influjo o interferencia.

Dentro de las relaciones de vecindad se consideran las inmisiones (impedir olores, hollín, calor, movimientos, trepidaciones, ruidos, luces).

Todo aquel que tiene un bien debe darle un uso adecuado, respetando el derecho de los demás, entre los cuales están los vecinos, aquellos que colindan con nuestro predio. Tener un bien no faculta su uso irrestricto; el goce de todo aquello que tenemos va en estricta relación con los bienes de los demás.

La inmisión (penetrar, echar dentro de) es el acto de perturbar los predios vecinos, generando en los mismos situaciones nocivas. Emisión (emitir, expeler) es la salida de sustancias a la atmósfera. La inmisión es consecuencia de una emisión. Todo aquello que podemos expeler desde nuestro predio y que ingrese perjudicialmente en el del vecino es un acto de inmisión.

Así, aquello contaminante que emito y perjudica a los demás genera una inmisión que, como acto ilícito y perturbador de la propiedad, debe ser evitado, paralizado y, en su caso, reparadas sus consecuencias. Como dice Gomes (2012, p. 208), no basta con que se configure el elemento objetivo (inmisivo), sino que se requiere también el elemento subjetivo (volitivo); así, si se trata de un hecho natural, no podemos decir que se configure la inmisión, tampoco cuando los hechos en sí son insignificantes.

Como tales, las inmisiones son situaciones nocivas y molestas, siendo de hecho de lo más variadas. Precisa Borda (2008, p. 415) que no toda molestia puede considerarse como inmisión; es necesario que exceda la normal tolerancia. Se consideran como tales todo lo relacionado con el medio ambiente urbano. Entre los supuestos más recurrentes tenemos las emisiones de gas, olor, ruido (música, mascotas), polvo, calor, humo, hollín, cenizas, chispas, vapor de agua, frío. Asimismo, generar sacudidas, movimientos, trepidaciones, luces deslumbradoras por anuncios lumínicos. Todo ello puede afectar los predios colindantes.

En nuestro medio, las inmisiones son tratadas por el Código Civil dentro del tema de las limitaciones de la vecindad:

> Artículo 961.- El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las

> propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.

Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias.

El titular de un predio tiene derecho a disfrutarlo en paz, tranquilidad y bienestar. Su disfrute debe ser acorde con las relaciones de vecindad; de allí que la norma imponga al propietario un no hacer, *obligatio non facere in alieno*, abstenerse de realizar actos en lo ajeno, *non usus*; o, en todo caso, soportar o tolerar, *pati*.

En caso contrario, puede exigir vía judicial el cese o inhibición de perturbaciones hacia su propiedad que limiten sus derechos sobre el bien. En esencia, estas acciones judiciales buscan regular las relaciones de vecindad e imponer un límite a la propiedad, de modo que su titular no puede hacer un uso irrestricto de esta. El uso de un bien debe estar dirigido y orientado, más que al interés particular, al interés común y de la colectividad.

Por ello, la regla que debemos tener siempre presente es que no podemos inmitir en los bienes ajenos (*immittere in alienum*). El daño inmisivo que podamos generar frente a ello debe ser reparado.

19.1.4 Limitación por cuestiones ambientales

La Ley General del Ambiente[71] indica:

> Artículo 6.- De las limitaciones al ejercicio de derechos. El ejercicio de los derechos de propiedad y a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo del ambiente.

Las propiedades impulsadas normativamente por el Código Civil deben estar orientadas no solo a su ejercicio en armonía con sus fines económicos y sociales, sino fundamentalmente a la conservación y preservación de los recursos naturales renovables y no renovables, de la flora, fauna, paisaje natural (González Linares, 2012, p. 362).

19.1.5 Por abuso del derecho

Patrimonialmente, no hay derecho absoluto.

---

71 Ley 28611, DOEP, 15 de octubre del 2005.

Los derechos y deberes deben ser cumplidos, exigidos, conforme a ley; es el llamado *principio de normalidad del ejercicio de los derechos*.

En el derecho de propiedad está presente el relativismo: su finalidad es ser usado con base en la función social que le corresponda. El titular no debe pensar solo en sí, sino en los demás, midiendo los efectos de su actuar con relación al bien. El derecho de *uno* está condicionado por el derecho de los *otros*. Y es que la propiedad, como afirma Gutiérrez Camacho, es a la vez un derecho y un deber (2007a, p. 143).

Todo derecho se ejercita en razón del bien común, buscando una coexistencia del bienestar particular y social. Interesa no solo el interés del titular, sino el impacto que dicho uso implique en la sociedad, buscándose la armonía social. No hay derecho subjetivo ilimitado; ya los romanos decían que el derecho llevado a los extremos es antijurídico: *summum ius summa iniuria* (Lôbo, 2015, p. 90).

Como indican Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 203), tradicionalmente se ha dicho que todo lo que no fuese prohibido sería permitido; hoy sabemos que *no todo lo que no es prohibido es permitido, pues entre lo prohibido y permitido puede haber un abuso,* lo cual es tan ilícito como lo prohibido. Por tanto, el abuso del derecho de propiedad es un acto ilícito objetivo en el que el propietario realiza una actividad lícita en su origen. No podemos referirnos, como los individualistas, a un derecho de abusar, denominación de suyo impropia, a decir de Lafaille (2011, p. 49), en razón de que el "abuso" no puede engrendrar un "derecho", pues resulta incompatible con la noción del mismo. Es por ello que el abuso del derecho se presenta como un límite impuesto al ejercicio irrestricto o exacerbado del derecho subjetivo, y esto, en materia de propiedad, está expresamente determinado en la ley (art. 924).

Fernández Sessarego (1992, p. 22) dice que los derechos subjetivos tienen un límite, el cual nace de la necesidad de proteger a los "otros" —con quienes entra en relación el titular de tales derechos— de actitudes egoístas y antisociales, descritas como "anormales" o "irregulares".

Los derechos se usan, no se abusan. Está proscrito el exceso (del latín *excessus*, ir más allá) y abuso (del latín, *ab*, evitar; *usus*, uso) del derecho, de una facultad o atributo. Los denominados actos de emulación o emulativos, sin beneficio alguno, causan pormenores a terceros; como dice Tapia (2012, p. 138), son aquellas acciones o actitudes abusivas que el propietario realiza sobre su propiedad con la única finalidad de molestar, perjudicar o dañar al vecino; se presentan como formas de uso disfuncional. El uso del derecho y los poderes que este confiere debe satisfacer el interés de su titular sin

que ello implique un perjuicio a los demás. Todo ejercicio de un derecho debe ser normal y regular, no arbitrario o inicuo; en esta línea, el derecho no admite el ejercicio ni omisión abusivos de un derecho.

La propiedad es un derecho de la persona, que tiene una función social, *i. e.*, el beneficio colectivo está por encima del beneficio individual. Bien dice el Código brasileño: el derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con su finalidad económica y social (art. 1228-1). Esta es la base que restringe el abuso del derecho.

En este sentido, Avendaño Arana (2012, p. 123) señala que "además de los límites que establece la ley, la propiedad tiene límites en razón de su propio ejercicio cuando es abusivo". Es decir, así como la ley en general reprime el abuso de un derecho (art. 103), consideran la Constitución, el artículo II del título preliminar del Código Civil y, de forma especial, el artículo 924 que:

> Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados.

La propiedad no es un tema de uno; es un tema de todos. El ejercicio de la propiedad tiene como base el interés social. Al usarse un bien, debe pensarse en los demás, medirse el impacto en la sociedad. La propiedad, como derecho madre, debe servir a todos. Como dice Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 787), una de las vías para poner límites a la propiedad es la teoría del abuso del derecho, en la que aparece levemente la función social como un deber moral.

Respecto de los daños que puede irrogar el abuso del derecho de propiedad, Arias Schreiber (1991, p. 206) considera que se extienden al daño material, como espiritual o personal, *i. e.*, daño patrimonial (lucro cesante o daño emergente), así como extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona). De más está precisar que los daños se producen cuando hay un ejercicio abusivo, no en los casos de uso regular de un derecho (inc. 1 del art. 1971): esto es reconocido como un supuesto de inimputabilidad.

A mayor abundamiento, consideramos que, así como al propietario se le exige un uso adecuado del derecho proscribiéndose el abuso del derecho —con base en el principio *ad minore ad maius*—, la misma regla debe aplicarse para el resto de derechos reales. No podemos abusar del derecho de posesión ni del usufructo, uso, habitación, servidumbre o superficie.

En términos sencillos, el artículo 924 permite al afectado solicitar ante el juez las medidas preventivas para evitar (acción inhibitoria) o paralizar (acción cesatoria) el abuso que el propietario efectúa sobre su bien, sin perjuicio de exigir la reparación por los daños causados. Se trata de una norma general, amplia, y corresponde al juez aplicarla caso por caso, evaluando el *animus nocendi* del *dominus*. No es una regla; deben considerarse las particularidades del asunto al momento de resolverse, acorde con el criterio de Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 791).

19.2 Restricciones convencionales

La voluntad puede limitar el derecho de propiedad, sea de forma unilateral (propia decisión), bilateral o plurilateral (acuerdo *inter partes*).

Pero la voluntad no es absoluta: está sujeta a la norma. Las limitaciones legales a la propiedad por necesidad pública o interés social no pueden modificarse ni suprimirse por voluntad de las partes (art. 925); y es que por encima de la autodeterminación o libertad contractual está la norma imperativa. Un pacto no puede contrariar lo dispuesto por ley; tal como lo indica el artículo 1354, la libertad contractual tiene como límite el contenido imperativo de la ley; la contratación como derecho debe tener fines lícitos (inc. 14 del art. 2 de la Constitución).

El artículo 926, consagrando las restricciones convencionales a la propiedad, indica: "Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo".

Esta norma tiene vocación autoritativa o de permisibilidad a las partes a fin de que estas puedan crear reglas libremente que limiten la propiedad; sin embargo, debe ser entendida a la luz de los artículos 881 —*numerus clausus*— y 882 —*restricción a la prohibición de enajenar o gravar*—.

En esta línea, Barboza de las Casas (junio del 2016, p. 130) considera que, partiendo del supuesto del carácter autoritativo del artículo 926, el debate se centra en la vulneración del principio de tipicidad de los derechos reales en la medida en que, de admitirse la posibilidad del registro de pactos restrictivos, ello podría implicar estar frente a nuevos derechos reales creados por la voluntad de las partes o, por lo menos, ante la conversión de derechos personales en reales. Sin embargo, este autor concluye que si bien estas restricciones pueden ser, en ciertos casos, derechos reales menores, no se limitan a ellos, por lo que las restricciones están sustraídas de la tipicidad de los derechos reales (p. 140); *i. e.*, prima la voluntad frente a la tipicidad.

La *ratio* de la norma es que aquellos pactos que restrinjan la propiedad deban hacerlo en materia de inscripción, a fin de que los terceros se den por informados y puedan exigirse dichas restricciones —principio de oponibilidad registral (inc. 1 del art. 2022)—, así como informar de las restricciones impuestas —principio de publicidad (art. 2012)—. De esta manera, la inscripción de la restricción convencional de la propiedad fortalece el acuerdo entre las partes en la medida en que no solo ellas, sino principalmente los terceros interesados o desinteresados (*penitus extranei*), estarán obligados a respetarla (García García, 2007, p. 151).

Entre los pactos restrictivos de la propiedad están:

- Indivisión
- Reversión
- Retroventa
- Cargo o modo
- Reserva de propiedad

19.2.1 Pactos de restricción

El artículo 2019 menciona que son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble (su inciso 5 dice: "Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito").

Avendaño Arana (2012, p. 131) afirma que, como no puede distinguirse donde la ley no distingue, es dable entender que las tres facultades de la propiedad (uso, disfrute y disposición) pueden restringirse por pacto; estas restricciones, para que tengan efectos y sean oponibles ante terceros, deben inscribirse.

Veamos algunos casos de pactos válidos:

19.2.1.1 De disposición

Pactos de restricción de disposición: inembargable, inalienable y no trasmisible por herencia

– Patrimonio familiar (art. 488 y ss. del Código).

19.2.1.2 Total (disposición y demás)

Pactos de restricción del uso y disfrute de un derecho

– Prohibición del uso, disfrute y disposición de la prenda mobiliaria (inc. 1 del art. 11, LPM)

19.2.1.3 Parcial (uso y disfrute)

Una limitación voluntaria del derecho de propiedad se da en el momento de constituirse un derecho real sobre el bien (usufructo, uso): los denominados *derechos reales limitados*.

Considera Barboza de las Casas (junio del 2016, p. 139) que los pactos restrictivos se encuentran enmarcados en los límites convencionales permitidos por el ordenamiento legal; las limitaciones convencionales son producto de la autonomía privada y pueden referirse a restricciones en el uso, aprovechamiento, mejora, conservación, etc.

Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 155 y ss.) considera que si bien existen las *prohibiciones* de enajenar o gravar inválidas por el ordenamiento jurídico (art. 882), existen pactos que pueden *restringir* algunas facultades inherentes al derecho real.

- Pactos de restricción del disfrute al titular de un derecho real ilimitado:
  - Prohibición de no arrendar al propietario
- Pactos de restricción del disfrute al titular de un derecho real limitado:
  - Prohibición de no arrendar al usufructuario o de otros provechos o utilidades (art. 999)
  - Prohibición al superficiario de no construir a partir de cierta altura (art. 1030) o de no uso de parte del suelo (art. 1032)
- Pactos de restricción del disfrute de un derecho correlativo
  - Servidumbre (art. 1035)
  - Derecho de caza y pesca en ciertas épocas (art. 931)

19.3 Responsabilidad por razón de dominio

Refieren Díez-Picazo y Gullón (1986, p. 163) que la omisión de la debida diligencia para impedir daños a terceros en la construcción, vigilancia o cuidado de los bienes sujetos al derecho de propiedad, genera —en caso de que se produzcan— la obligación de reparar los daños causados.

20. Desmembramiento de la propiedad

Los franceses hablaban de *démembrement de la propriété*.

Llamado también *desgajamiento o desprendimiento de la propiedad*.

Los derechos reales menores se acogen de la propiedad, se sirven de ella para su surgimiento, implicando su *desmembramiento* o *fragmentación*. Se trata de la división de la propiedad en varios derechos distintos. Los derechos reales menores implican una fragmentación de la propiedad en dos derechos diferentes, siendo una parte de contenido de la propiedad transferida para el derecho real menor.

Los derechos reales pueden ser fragmentados, *i. e.*, transferidos en parte a terceros, limitando la propiedad y siendo, al mismo tiempo, ilimitados. Es el caso de los derechos reales sobre cosas ajenas (usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre); existe un derecho matriz y un derecho derivado. Una vez extinguido el segundo, regresa la plena titularidad y sus derechos al primero.

La propiedad es la principal relación jurídica de la persona con las cosas; los demás derechos reales son desmembraciones o variedades de esta (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 3). Al derecho de propiedad desprovisto de alguna de sus facultades a favor de terceros se le denomina *dominio desmembrado*, y a los derechos reales que se conforman con las facultades desgranadas se les llama *desmembraciones de la propiedad*, siendo las facultades que se generan designadas como *domino útil* (Mariani de Vidal, 2009, p. 79).

Sobre el particular, dice Gonzales Barrón (2013, t. I, p. 99) que cuando se presenta la concurrencia de derechos no podemos decir que se produzca una limitación, fracción o desmembramiento de la propiedad (frase expresiva pero incorrecta desde la perspectiva analítica); de ser así, la propiedad resultante ya no sería propiedad por dejar de ser plena, lo que constituye una *contradictio in terminis*.

El desmembramiento suprime el carácter exclusivo del derecho de propiedad. Surge, de ello, lo que se conoce como:

- *Dominio útil*, o dominio inferior relacionado con el concepto uso, corresponde a quien la posee (inmediato).
- *Dominio eminente*, o dominio directo relacionado con el concepto propiedad, corresponde al titular, a quien no la tiene (poseedor mediato).

Entre uno y otro surge la propiedad paralela.

21. Inversión y derecho de propiedad

La protección de la propiedad de los inversionistas, así como el respectivo fomento de la inversión, es un tema clave para el desarrollo de un país.

El Estado es consciente de que si de inversión se trata, deben existir reglas claras y transparentes, pero, sobre todo, invariables, estables, que se mantengan en el tiempo y que no cambien las condiciones contratadas, reconociéndose la negación absoluta al *rebus sic stantibus*. Las condiciones pactadas deben respetarse (*pacta sunt servanda*), no deben ser alteradas; ello se logra, *in limine* y *a fortiori*, a través de los contratos de estabilidad jurídica, reconociéndose los contratos-ley (art. 62 de la Constitución y art. 1357 del Código Civil).

Así las cosas, manifestada la voluntad, esta queda inalterable.

El fomento y protección de la inversión es un tema de actualidad. Ha permitido la confianza, apostar capitales. Más allá del territorio y de las leyes vigentes, lo que prima es el acuerdo *ab initio*. Esto nos lleva a precisar que la inversión tiene una estrecha relación con los derechos reales y, en especial, con el derecho de propiedad.

Inversión es sinónimo de disposición de patrimonio, y este, de propiedad. En efecto, para invertir debo disponer parte de mi patrimonio, debo cederlo. Inversión implica apostar en un negocio, en una operación que se espera sea rentable en el tiempo. Al tratarse de inversiones de ingentes dimensiones, quienes colocan de su patrimonio exigen que no se les cambien las reglas de juego, que las leyes —con base en las cuales contratan— se mantengan inalterables ("tal como pacté, la ley debe permanecer").

Jorge Avendaño Valdez (2008, pp. 377 y 378) manifiesta que una de las formas de disminuir los riesgos y atraer las inversiones reside en celebrar convenios de estabilidad jurídica, otorgándose garantías sobre el derecho de propiedad que se desprende de la inversión. Los contratos celebrados no pueden ser modificados, correspondiéndole al Estado respetar las reglas, aceptando los términos sobre los cuales se contrató; la inalterabilidad y no revisión de lo pactado es la base que genera la confianza y la tranquilidad en las inversiones.

Con los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas proyectan su planes, sus flujos; conscientes de que de ellos depende la puesta a disposición del capital que invirtieron, en la medida en que el Estado respete las condiciones en las que se pactó; no hay de qué preocuparse, solo debe proyectarse el plan de negocios y ponerlo en práctica. La ley que se aplica es la vigente en el momento de suscribirse el contrato, permanece en el tiempo, imperando el principio de ultraactividad. A pesar de que la ley sobre la cual se contrató sea derogada, esta seguirá surtiendo efectos respecto de aquellos que en mérito de ella suscribieron un compromiso.

22. Regulación legal

Las normas que regulan la propiedad son:

22.1 Constitución

El tratamiento de la propiedad en la Constitución es *lato*, a diferencia del tratamiento que hace el Código, que es *stricto*. Es interesante lo que menciona Mejorada (IUS360, 25 de junio del 2015) acerca de la diferencia del derecho civil de propiedad y el derecho constitucional de propiedad. El primero se refiere a los bienes; el segundo, al patrimonio de las personas (bienes, créditos y otras titularidades). La civil emana de la constitucional y goza de la misma protección y del mismo fundamento. Diríamos que el derecho constitucional de la propiedad es el *genus* y el derecho civil de propiedad es la *spes*.

La propiedad como derecho, a decir de García Toma (1998, t. I, p. 103), inicia su regulación constitucional con la Constitución de 1823.

La Constitución trata el derecho de propiedad de la siguiente manera:

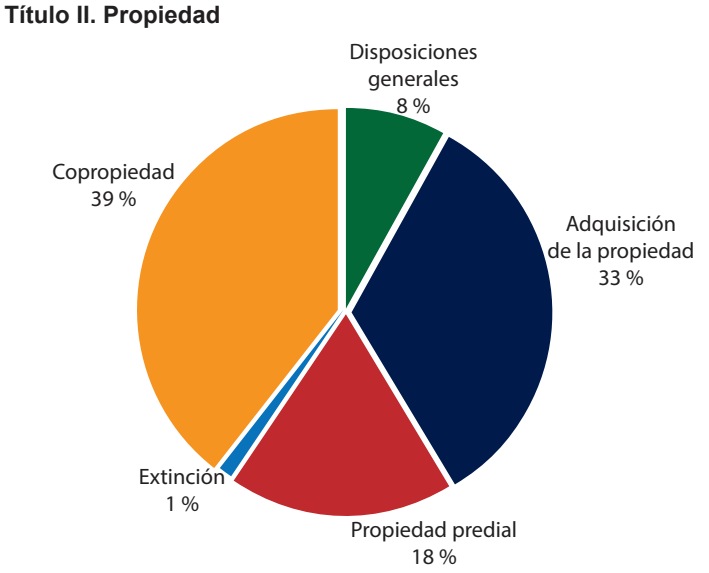
- La propiedad como derecho de la persona (inc. 16 del art. 2).
- La herencia como una forma de adquirir propiedad (inc. 16 del art. 2).
- La propiedad es inviolable y garantizada por el Estado (art. 70).
- La propiedad se ejercerá en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley (art. 70).
- Los bienes de uso público no son objeto de derecho privado (art. 73).
- La propiedad de las comunidades campesinas es inalienable (art. 163).

22.2. Código Civil

Gran parte de la regulación legal de los derechos reales está referida al derecho de propiedad (35 %), seguido de la posesión y el usufructo (ambos con 13 %), la hipoteca (12 %) y la servidumbre (9 %).

Nuestro Código trata a la propiedad como un derecho real principal dentro del libro V, sección tercera, título II, a lo largo de 76 artículos (del 923 al 998).

El libro V está compuesto de cinco capítulos y en su tratamiento se observan los correspondientes porcentajes (ver siguiente figura):



Así, gran parte de la regulación legal de la propiedad está referida a la copropiedad (39 %), seguida de la adquisición de la propiedad (33 %), la propiedad predial (18 %), las disposiciones generales (8 %) y la extinción (1 %).

El Código del 52 reguló la propiedad en el título II "De la propiedad o dominio, y de sus efectos" (119 artículos)[72]; el Código del 36, en la sección tercera "De la propiedad" (73 artículos).

22.3 Normas internacionales

Declaración Universal de los Derechos del Hombre

> II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.
>
> XVII. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.

72 Incluyó dentro de dicho tratamiento a la posesión (14 artículos).

Declaración Internacional de Derechos Humanos

Artículo 17.- 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Artículo 5, d., v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;

Artículo 16, 1., h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

Protocolo adicional al convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

Artículo 1. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XXIII: Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, diciembre del 2000)

> Artículo 17. Derecho a la propiedad. 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual.

Referencias

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic Haklicka, A. (1991). *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general* (7.ª ed., t. II). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Álvarez Caperochipi, J. (1986). *Curso de derechos reales* (t. I). Madrid: Civitas.

Alzamora Valdez, L. (2004). *Estudios constitucionales* (2.ª ed.). Lima: Grijley.

Aparicio Gómez Sánchez, G. (1943). *Código Civil* (t. XII). Lima: Taller de Linotipia.

Arce y Cervantes, J. (2012). *De los bienes.* México D. F.: Porrúa.

Arellano Alarcón, J. (Octubre-diciembre de 1956). La propiedad. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (98).

Arias Schreiber, M. (1991). *Exégesis del Código Civil peruano. Los derechos reales* (t. IV). Lima: Studium.

Avendaño Arana, F. (2012). Límites convencionales de la propiedad. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (pp. 123-133). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (1997). Atributos y caracteres del derecho de propiedad. En F. Trazegnies Granda, *Para leer el Código Civil* (10.ª ed., vol. I, pp. 89-100). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (2007). Definición de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 137-139). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2008). La propiedad como derecho de los inversionistas y su protección a través de los convenios de estabilidad jurídica.

En M. Castillo Freyre, *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi* (t. 1). Lima: Palestra.

Avendaño Valdez, J. (2012). La propiedad en el Código Civil. En G. Priori Posada, *Estudios sobre propiedad* (pp. 111-121). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (2015). Derecho a la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (3.ª ed., t. I, pp. 282-285). Lima: Gaceta Jurídica.

Barboza de las Casas, G. (Junio del 2016). Los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad privada. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (36), 123-142.

Bayod López, M. (2012). Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial. Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del 3 de diciembre de 2010. *Revista de Derecho Civil Aragonés, XVIII*, 257-277.

Betti, E. (1947). *Instituzioni di diritto romano*. Padova: Cedam.

Bonfante, P., Bonfante, G. y Crifò, G. (1966). *Corso di diritto romano* (t. II). Milano: Giuffré.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., t. 1). Buenos Aires: La Ley.

Bullard González, A. (2007). Principio de libertad de disposición de los bienes. En G. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 19-22). Lima: Gaceta Jurídica.

Cárdenas Quirós, C. (s. f.). El derecho real de superficie. *Derecho - PUCP* (37), 7-30.

Castañeda, J. (1958). *Los derechos reales. Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., t. I). Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.

Chaves de Farias, C. y Rosenvald, N. (2009). *Direitos reais* (6.ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Chipana Catalán, J. y Cruzalegui Solari, M. (Abril del 2016). La compraventa de "aires" en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil, 34*, 105-122.

Cuadros Villena, C. (1994). *Derechos reales* (2.ª ed., t. I). Lima: Cuzco.

De Cupis, A. (2004). *Os direitos da personalidade.* (trad. A. C. Rezende). São Paulo: Romana Jurídica.

De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez, R. (2014). *Bienes y derechos reales* (7.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

De La Puente y Lavalle, M. (1996). Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad. *Scribas* (2), 37-42.

De Pina Vara, R. (1970). *Elementos de derecho civil mexicano* (t. II). México D. F.: Porrúa.

Díaz, S. S. (25 de octubre del 2013). *El derecho de propiedad - Enrique Ghersi [archivo de video].* Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=Y0tIPSbyzl4.

Díez-Picazo, L. (1986). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (2.ª ed., t. 2). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1986). *Sistema de derecho civil* (3.ª ed., t. III). Madrid: Tecnos.

Duque, A. (21 de febrero del 2008). *Me he de comer esa tuna [comentario en un blog].* Recuperado de http://vinamarina.blogspot.com/2008/02/me-he-de-comer-esa-tuna.html

Egúsquiza, M. (1990). *La configuración jurídica de las obligaciones negativas.* Barcelona: Bosch.

Empriu. (23 de marzo del 2016). *Wikipedia.* Obtenido de https://ca.wikipedia.org/wiki/Empriu#cite_note-diccionari-2

Engels, F. (1988). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.* Lima: Andino.

Epstein, R. (2003-I). Los animales como objeto o sujetos de dereho. *Advocatus, 8*, 81-97.

Escriche, J. (1884). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.* París: Librería de Ch. Bouret.

Fernández Domingo, J. (2014). *La mera tolerencia.* Madrid: Reus.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Abuso del derecho.* Buenos Aires: Astrea.

Florencia Pasquale, M. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia Constitucional*, (15), 93-111. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4781740

Flórez Roncancio, J. (2012). *Derecho civil. Bienes.* Bogotá: Temis.

Gama, G. C. (2001). *Direitos reais.* São Paolo: Atlas.

García García, L. (2007). Restricciones convencionales de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 148-151). Lima: Gaceta Jurídica.

García Gómez, F. (2000). *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados.* Granada: Comares.

García Toma, V. (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993* (t. I y t. II). Universidad de Lima.

Gatti, E. (1996). *Propiedad y dominio.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Godenzi Montañez, S. (2007). Mala fe del propietario del suelo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (t. V, pp. 205-207). Lima: Gaceta Jurídica.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., t. I y t. II). Lima: Jurista.

Gonzales Barrón, G. (2015). Derecho de propiedad y expropiación. En W. Gutiérrez Camacho, *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo* (t. II, pp. 472-531). Lima: Gaceta Jurídica.

Gonzales Barrón, G. (Martes, 11 de agosto del 2015). La propiedad es inviolable. *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano, Año 10*(562), pp. 2-3.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales.* Lima: Jurista.

Granda Boullón, C. (2007). Especificación y mezcla. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 194-197). Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez Camacho, W. (2007a). El ejercicio abusivo del derecho de propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 140-145). Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez Camacho, W. (2007b). Restricciones legales de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 145-148). Lima: Gaceta Jurídica.

IUS360. (25 de junio del 2015). *Dr. Martín Mejorada - Lecciones de Derechos Reales: Lección 4: Propiedad* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=zlpPEDcU58I

IUS360. (21 de mayo del 2015). *Martín Mejorada: Lecciones de Derechos Reales - Lección 2: Marco institucional* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=XxjfYWPDQI0

Lafaille, H. y Alterini, J. (2011). *Derecho civil. Tratado de derechos reales* (2.ª ed., t. II). Buenos Aires: La Ley.

Laquis, M. (1979). *Derechos reales* (t. III). Buenos Aires: Depalma.

León Barandiarán, J. (1983). *Curso de acto jurídico con referencia al proyecto del C. C. peruano.* Lima: UNMSM.

Lôbo, P. (2015). *Direito civil.* São Paulo: Saraiva.

López de Haro, R. (enero-diciembre de 1920). El ius usus innocui. *Revista de Derecho Privado, VII.*

Maisch von Humboldt, L. (1983). *Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código civil y Exposición de motivos.* Lima: Desarrollo.

Maisch von Humboldt, L. (1984). *Los derechos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Maisch von Humboldt, L. (1985). Exposición de motivos y comentarios al Libro de Derechos Reales del Código Civil. En D. Revoredo de Debakey, *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (t. V). Lima: Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada.

Mariani de Vidal, M. (2009). *Derechos reales* (t. 1). Buenos Aires: Zavalía.

Mazeaud, H., Mazeaud, J. y Chabas, F. (1994). *Leçons de droit civi* (8.ª ed., vol. 12, t. II). París: Montchrestien.

Mejorada, M. (16 de junio del 2016). *¿Tierra de nadie?* [comentario en un blog]. Recuperado de http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2016/06/tierra-de-nadie.html

Menezes Cordeiro, A. (2013). *Tratado de direito civil. Parte general: coisas* (3.ª ed., t. III). Coimbra: Almedina.

Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial* (t. 1). Buenos Aires: Ejea.

Moccia, L. (2015). *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho.* Lima: Motivensa.

Molinario, A. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real.* Buenos Aires: La Ley.

Morales Acosta, G. (1994). *La multipropiedad inmobiliaria. El tiempo compartido. Una alternativa para la inversión privada.* Lima: Asesorandina.

Morales Hervias, R. (2012). La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (pp. 91-110). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Musto, N. J. (2000). *Derechos reales* (t. 1). Buenos Aires: Astrea.

Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1994). Tratado de las obligaciones. *Para leer el Código civil, XVI*(II).

Palacios Pimentel, G. (1970). *Elementos de derecho civil peruano* (2.ª ed., t. I). Lima: Ojeda.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peñailillo Arévalo, D. (2014). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Pereira, C. (1996). *Instituições de direito civil* (12.ª ed., t. IV). Rio de Janeiro: Forense.

Ramírez Cruz, E. (2003). *Tratado de derechos reales* (2.ª ed., t. I y t. II). Lima: Rodhas.

Ramón Fernández, F. (2002). *La pervivencia de instituciones consuetudinarias del derecho civil valenciano.* Castellón de la Plana, Castellón: Universitat Jaume I.

Rivera Bustamante, R. (2007). Extensión del derecho de propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 252-257). Lima: Gaceta Jurídica.

Rodotá, S. (1986). *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada.* Madrid: Civitas.

Rojas Ulloa, M. (2008). *La naturaleza jurídica de la multipropiedad* (tesis de Doctor en Derecho y Ciencia Política). Lima: UNMSM, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Unidad de Post Grado.

Rojina Villegas, R. (2012). *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión* (15.ª ed., t. II). México D. F.: Porrúa.

Rojina Villegas, R. (2014). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (45.ª ed., t. II). México D. F.: Porrúa.

Romero Romaña, E. (1947). *Los derechos reales.* Lima: P. T. C. M.

Santillán Díaz, S. (25 de 10 del 2013). *El derecho de propiedad - Enrique Ghersi* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=Y0tIPSbyzl4

Santillán Díaz, S. (24 de 2 del 2014). *La evolución de los derechos de propiedad - Enrique Ghersi* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=eREPx39chFI

Seconda, M. (abril del 2013). Principio de la inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina. *Revista de Derecho Privado, 24*, 59-66.

Serrano Alonso, E. y Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de derechos reales.* Madrid: Edisofer S. L.

Suárez Gamarra, S. (2007). Irrenunciabilidad del derecho a constituir hipotecas. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (pp. 651-654). Lima: Gaceta Jurídica.

Tapia Ramírez, J. (2012). *Bienes* (2.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

Teles de Menezes Leitão, L. M. (2012). *Direitos reais* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Ternera Barrios, F. (2015). *Derechos reales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.

Torres Álvarez, H. (s. f.). Aplicación de las cláusulas de inalienabilidad en los reglamentos internos de propiedad horizontal: el caso de las casas de las habilitaciones urbanas de uso vacacional para playa. En M. Castillo Freyre, *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi* (t. 1, pp. 383-404). Lima: Palestra.

Torres Vásquez, A. (2006). *Derechos reales* (t. 1). Lima: Idemsa.

ULLmedia. Universidad de La Laguna. (28 de julio del 2014). *Las adquisiciones a non domino* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=5xjw09GJ1NU&t=797s

Universidad de Santiago de Compostela. (23 de marzo del 2016). *Dicionario de Dicionarios. Corpus lexicográfico da lingua galega.* Obtenido de http://sli.uvigo.es/ddd/ddd_pescuda.php?pescuda=soutelo&tipo_busca=lema

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil. Derechos reales* (11.ª ed., t. II). Bogotá: Temis.

Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia* (t. III). Universidad de Lima / Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas.* Universidad de Lima / Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. y Torres Maldonado, M. (2016). La edificación sobre terreno ajeno en los procesos de reivindicación. En M. Torres Carrasco, *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas* (t. I, pp. 131-148). Lima: Gaceta Jurídica.

Velásquez Jaramillo, L. (2014). *Bienes* (13.ª ed.). Bogotá: Temis.

Vieira, J. (2008). *Direito reais.* Coimbra: Coimbra.

Webb, R., Beuermann, D. y Revilla, C. (2006). *La construcción del derecho de propiedad. El caso de los asentamientos humanos en el Perú.* Lima: Colegio de Notarios de Lima.

Zatti, P. (1983). *Diritto privato (Diritto civile).* Padova: Cedam.

Bibliografía general

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic Haklicka, A. (1991). *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general* (7.ª ed., t. II). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Allende, G. (1963). El acto jurídico real (con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades). *La Ley. Revista jurídica argentina, 110*, 1062-1078.

Álvarez Caperochipi, J. (1986). *Curso de derechos reales* (t. I). Madrid: Civitas.

Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos reales.* Lima: Jurista.

Alzamora Valdez, L. (2004). *Estudios constitucionales* (2.ª ed.). Lima: Grijley.

Aparicio Gómez Sánchez, G. (1943). *Código Civil* (t. XII). Lima: Taller de Linotipia.

Arce y Cervantes, J. (2012). *De los bienes.* México D. F.: Porrúa.

Arellano Alarcón, J. (Octubre-diciembre de 1956). La propiedad. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (98).

Arias Schreiber, M. (1991). *Exégesis del Código Civil peruano. Los derechos reales* (t. IV). Lima: Studium.

Avendaño Arana, F. (2012). Límites convencionales de la propiedad. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (pp. 123-133). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (1986). *Derechos reales.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (1997). Atributos y caracteres del derecho de propiedad. En F. Trazegnies Granda, *Para leer el Código civil* (10.ª ed., t. I, pp.

89-100). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (2007). Definición de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 137-139). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2007). Definición de posesión. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (t. V, pp. 57-59). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2008). La propiedad como derecho de los inversionistas y su protección a través de los convenios de estabilidad jurídica. En M. Castillo Freyre, *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi* (t. 1). Lima: Palestra.

Avendaño Valdez, J. (2012). La propiedad en el Código Civil. En G. Priori Posada, *Estudios sobre propiedad* (pp. 111-121). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Avendaño Valdez, J. (2015). Derecho a la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (3.ª ed., t. I, pp. 282-285). Lima: Gaceta Jurídica.

Barboza de las Casas, G. (Junio del 2016). Los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad privada. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (36), 123-142.

Bayod López, M. (2012). Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial. Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del 3 de diciembre de 2010. *Revista de Derecho Civil Aragonés, XVIII*, 257-277.

Becerra Palomino, C. (2007). Actos o títulos posesorios inscribibles. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. X, pp. 357-361). Lima: Gaceta Jurídica.

Benavides Reverdito, X. (2007). Presunción de posesión intermedia. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado - Derechos reales* (2.ª ed., t. V, pp. 110-111). Lima: Gaceta Jurídica.

Betti, E. (1947). *Instituzioni di diritto romano.* Padova: Cedam.

Bonfante, P., Bonfante, G. y Crifò, G. (1966). *Corso di diritto romano* (t. II). Milano: Giuffré.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., t. 1). Buenos Aires: La Ley.

Bullard González, A. (2007). Principio de libertad de disposición de los bienes. En G. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 19-22). Lima: Gaceta Jurídica.

Cano Martínez de Velasco, J. (1992). *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos.* Barcelona: J. M. Bosch.

Cárdenas Quirós, C. (s. f.). El derecho real de superficie. *Derecho - PUCP* (37), 7-30.

Carranza Álvarez, C. y Ternera Barrios, F. (2012). La posesión: medio y fin. Exámenes de la figura en Colombia y Perú. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (29), 30-47.

Castañeda, J. (1958). *Los derechos reales. Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., t. I). Lima: Talleres gráficos P. L. Villanueva.

Chaves de Farias, C. y Rosenvald, N. (2009). *Direitos reais* (6.ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Chipana Catalán, J. y Cruzalegui Solari, M. (Abril del 2016). La compraventa de "aires" en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil, 34*, 105-122.

Cuadros Villena, C. (1994). *Derechos reales* (t. I). Lima: Cuzco.

De Cupis, A. (2004). *Os direitos da personalidade.* (trad. A. C. Rezende). São Paulo: Romana Jurídica.

De la Mata Pizaña, F. y Garzón Jiménez, R. (2014). *Bienes y derechos reales* (7.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

De La Puente y Lavalle, M. (1996). Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad. *Scribas* (2), 37-42.

De Pina Vara, R. (1970). *Elementos de derecho civil mexicano* (t. II). México D. F.: Porrúa.

De Reina Tartière, G. (2012). *Derecho civil. Derechos reales.* Madrid: CEF.

Díaz, S. S. (25 de octubre del 2013). *El derecho de propiedad - Enrique Ghersi [archivo de video].* Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=Y0tIPSbyzl4.

Díez-Picazo, L. (1986). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (2.ª ed., t. 2). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1986). *Sistema de derecho civil* (3.ª ed., t. III). Madrid: Tecnos.

Duque, A. (21 de febrero del 2008). *Me he de comer esa tuna [comentario en un blog].* Recuperado de http://vinamarina.blogspot.com/2008/02/me-he-de-comer-esa-tuna.html

Egúsquiza, M. (1990). *La configuración jurídica de las obligaciones negativas.* Barcelona: Bosch.

Eiranova Encinas, E. (1998). *Código Civil alemán comentado: BGB.* Madrid: Marcial Pons.

Empriu. (23 de marzo del 2016). *Wikipedia.* Obtenido de https://ca.wikipedia.org/wiki/Empriu#cite_note-diccionari-2

Engels, F. (1988). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.* Lima: Andino.

Epstein, R. (2003-I). Los animales como objeto o sujetos de dereho. *Advocatus, 8*, 81-97.

Escriche, J. (1884). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.* París: Librería de Ch. Bouret.

Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. (19 de noviembre de 1990). *Registros Públicos (artículos 2008 al 2045 del Código Civil).* Lima.

Fernández Domingo, J. (2014). *La mera tolerencia.* Madrid: Reus.

Fernández Sessarego, C. (1992). *Abuso del derecho.* Buenos Aires: Astrea.

Florencia Pasquale, M. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia Constitucional*, (15), 93-111. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4781740

Flórez Roncancio, J. (2012). *Derecho civil. Bienes.* Bogotá: Temis.

Gama, G. (2011). *Direitos reais.* São Paulo: Atlas.

García García, L. (2007). Restricciones convencionales de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 148-151). Lima: Gaceta Jurídica.

García Gómez, F. (2000). *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados.* Granada: Comares.

García Toma, V. (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993* (t. I y t. II). Universidad de Lima.

Gatti, E. (1996). *Propiedad y dominio.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Godenzi Montañez, S. (2007). Mala fe del propietario del suelo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (t. V, pp. 205-207). Lima: Gaceta Jurídica.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., t. I y t. II). Lima: Jurista.

Gonzales Barrón, G. (2015). Derecho de propiedad y expropiación. En W. Gutiérrez Camacho, *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo* (t. II, pp. 472-531). Lima: Gaceta Jurídica.

Gonzales Barrón, G. (Martes, 11 de agosto del 2015). La propiedad es inviolable. *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano, Año 10*(562), pp. 2-3.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales.* Lima: Jurista.

Granda Boullón, C. (2007). Especificación y mezcla. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 194-197). Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez Camacho, W. (2007a). El ejercicio abusivo del derecho de propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 140-145). Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez Camacho, W. (2007b). Restricciones legales de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 145-148). Lima: Gaceta Jurídica.

Guzmán Ferrer, F. (1982). *Código Civil* (t. II). Lima: Cultural Cuzco.

Hernández Gil, A. (1969). *La función social de la posesión.* Madrid: Alianza Editorial.

IUS360. (8 de octubre de 2014). *360 segundos de Derecho: Martín Mejorada sobre la posesión* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=8qi3iJn7tNg.

IUS360. (21 de mayo del 2015). Martín Mejorada: Lecciones de Derechos Reales - Lección 2: Marco institucional [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=XxjfYWPDQI0

IUS360. (25 de junio del 2015). *Dr. Martín Mejorada - Lecciones de Derechos Reales: Lección 4: Propiedad* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=zlpPEDcU58I

Juspedia. (s. f.). *Los derechos reales y la posesión.* Recuperado de http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-civil-iii/01-los-derechos-reales

Lafaille, H. y Alterini, J. (2011). *Derecho civil. Tratado de derechos reales* (2.ª ed., t. II). Buenos Aires: La Ley.

Lama More, H. (2008). El título posesorio en el Código Civil peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial* (1), 139-158.

Lama More, H. (2012). *La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano* (2.ª ed.). Lima: Motivensa.

Laquis, M. (1979). *Derechos reales* (t. III). Buenos Aires: Depalma.

León Barandiarán, J. (1983). *Curso de acto jurídico con referencia al proyecto del C. C. peruano*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Lôbo, P. (2015). *Direito civil*. São Paulo: Saraiva.

López de Haro, R. (enero-diciembre de 1920). El ius usus innocui. *Revista de Derecho Privado, VII*.

Maisch von Humboldt, L. (1983). *Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código civil y Exposición de motivos*. Lima: Desarrollo.

Maisch von Humboldt, L. (1984). *Los derechos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Maisch von Humboldt, L. (1985). Exposición de motivos y comentarios al Libro de Derechos Reales del Código Civil. En D. Revoredo de Debakey, *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (t. V). Lima: Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada.

Mariani de Vidal, M. (2009). *Derechos reales* (t. 1). Buenos Aires: Zavalía.

Mazeaud, H., Mazeaud, J. y Chabas, F. (1994). *Leçons de droit civi* (8.ª ed., vol. 12, tomo II). París: Montchrestien.

Mejorada Chauca, M. (2007a). Coposesión. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 67-69). Lima: Gaceta Jurídica.

Mejorada Chauca, M. (2007b). Servidor de la posesión. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado. Derechos reales* (2.ª ed., t. V, pp. 59-64). Lima: Gaceta Jurídica.

Mejorada, M. (16 de junio del 2016). *¿Tierra de nadie?* [comentario en un blog]. Recuperado de http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2016/06/tierra-de-nadie.html

Menezes Cordeiro, A. (2013). *Tratado de direito civil. Parte general: coisas* (3.ª ed., t. III). Coimbra: Almedina.

Messineo, F. (1971). *Manual de derecho civil y comercial* (t. 1). Buenos Aires: Ejea.

Moccia, L. (2015). *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho*. Lima: Motivensa.

Molinario, A. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real.* Buenos Aires: La Ley.

Morales Acosta, G. (1994). *La multipropiedad inmobiliaria. El tiempo compartido. Una alternativa para la inversión privada.* Lima: Asesorandina.

Morales Hervias, R. (2012). La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas. En G. Priori Posada, *Estudios sobre la propiedad* (pp. 91-110). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Moreno Talavera, G. (2000). *A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia.* São Paolo: Revista dos Tribunais.

Musto, J. (2007). *Derechos reales* (t. 1). Buenos Aires: Astrea.

Ochoa, O. (2008). *Bienes y derechos reales.* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1994). Tratado de las obligaciones. *Para leer el Código civil, XVI*(II).

Palacios Pimentel, G. (1970). *Elementos de derecho civil peruano* (2.ª ed., t. I). Lima: Ojeda.

Papaño, R. *et al.* (2004). *Derecho civil.* Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peñailillo Arévalo, D. (2014). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Pereira, C. (1996). *Instituições de direito civil* (12.ª ed., t. IV). Rio de Janeiro: Forense.

Pozo Sánchez, J. (2016). El hijo o familiar de quien detenta el bien bajo el título de arrendatario, ¿es poseedor, servidor de la posesión o usuario? En M. Torres Carrasco, *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema. Análisis y comentarios críticos de sus reglas* (pp. 79-91). Lima: Gaceta Jurídica.

Ramírez Cruz, E. (2003). *Tratado de derechos reales* (2.ª ed., t. I y t. II). Lima: Rhodas.

Ramón Fernández, F. (2002). *La pervivencia de instituciones consuetudinarias del derecho civil valenciano.* Castellón de la Plana, Castellón: Universitat Jaume I.

Rivera Bustamante, R. (2007). Extensión del derecho de propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (2.ª ed., t. V, pp. 252-257). Lima: Gaceta Jurídica.

Rodotá, S. (1986). *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada.* Madrid: Civitas.

Rojas Ulloa, M. (2008). *La naturaleza jurídica de la multipropiedad* (tesis de Doctor en Derecho y Ciencia Política). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Unidad de Post Grado.

Rojina Villegas, R. (2012). *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión* (15.ª ed., t. II). México D. F.: Porrúa.

Rojina Villegas, R. (2014). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (45.ª ed., t. II). México D. F.: Porrúa.

Romero Romaña, E. (1947). *Los derechos reales.* Lima: P. T. C. M.

Saleilles, R. (1909). *La posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del Imperio alemán.* Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Santillán Díaz, S. (25 de octubre del 2013). *El derecho de propiedad - Enrique Ghersi* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=Y0tIPSbyzl4

Santillán Díaz, S. (24 de febrero del 2014). *La etución de los derechos de propiedad - Enrique Ghersi* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=eREPx39chFI

Seconda, M. (abril del 2013). Principio de la inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina. *Revista de Derecho Privado, 24*, 59-66.

Serrano Alonso, E. y Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de derechos reales.* Madrid: Edisofer S. L.

Suárez Gamarra, S. (2007). Irrenunciabilidad del derecho a constituir hipotecas. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo, *Código Civil comentado* (pp. 651-654). Lima: Gaceta Jurídica.

Tapia Ramírez, J. (2012). *Bienes* (2.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

Teles de Menezes, L. M. (2012). *Direitos reais* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Tenencia. (2013-10-julio). *Derecho 911.* Recuperado de http://derecho911.blogspot.pe/2013/07/tenencia.html

Ternera Barrios, F. (2015). *Derechos reales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.

Torres Álvarez, H. (s. f.). Aplicación de las cláusulas de inalienabilidad en los reglamentos internos de propiedad horizontal: el caso de las casas de las habilitaciones urbanas de uso vacacional para playa. En M. Castillo Freyre, *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi* (t. 1, pp. 383-404). Lima: Palestra.

Torres Vásquez, A. (2006). *Derechos reales* (t. 1). Lima: Idemsa.

Torres Vásquez, A. (2015). *Defensa posesoria.* Recuperado de http://www.etorresvasquez.com.pe/defensa_posesoria.html

ULLmedia. Universidad de La Laguna. (28 de julio del 2014). *Las adquisiciones a non domino* [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=5xjw09GJ1NU&t=797s

Universidad de Santiago de Compostela. (23 de marzo del 2016). *Dicionario de Dicionarios. Corpus lexicográfico da lingua galega.* Obtenido de http://sli.uvigo.es/ddd/ddd_pescuda.php?pescuda=soutelo&tipo_busca=lema

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil. Derechos reales* (11.ª ed., t. II). Bogotá: Temis.

Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia* (t. III). Universidad de Lima / Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas.* Universidad de Lima y Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. y Torres Maldonado, M. (2016). La edificación sobre terreno ajeno en los procesos de reivindicación. En M. Torres Carrasco, *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas* (t. I, pp. 131-148). Lima: Gaceta Jurídica.

Vásquez Ríos, A. (1993). *Los derechos reales.* Lima: Igrap.

Velásquez Jaramillo, L. (2014). *Bienes* (13.ª ed.). Bogotá: Temis.

Vieira, J. (2008). *Direito reais.* Coimbra: Coimbra.

Von Ihering, C. (1926). *La posesión* (traduc. A. Posada). Madrid: Reus.

Von Ihering, C. R. (1896). *La voluntad en la posesión. Crítica del método jurídico reinante.* Madrid: Biblioteca Digital Jurídica de la Universidad de Sevilla.

Von Savigny, F. (1845). *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano.* Madrid: Biblioteca Virtual de la Universidad Complutense.

Webb, R., Beuermann, D. y Revilla, C. (2006). *La construcción del derecho de propiedad. El caso de los asentamientos humanos en el Perú.* Lima: Colegio de Notarios de Lima.

Zatti, P. (1983). *Diritto privato (Diritto civile).* Padova: Cedam.

Anexos

Anexo 1. Diferencias y semejanzas entre posesión y propiedad

Diferencias	
Posesión	**Propiedad**
Del *lat. possessio*	Del *lat. proprietas*
La posesión es el *anterius*	La propiedad es el *posterius*
Poder de hecho, ejercicio	Poder de derecho, titularidad
Derecho transitorio Temporal, provisional, momentáneo y parcial	Derecho definitivo Permanente, perpetua, excluyente y total Ejercicio de derecho - Poder
Acciones posesorias e interdictos	Acciones reivindicatorias y acciones excluyentes de dominio
El poseedor no es propietario	El propietario puede ser o no poseedor
Contenido	Continente
Confiere algunas facultades: 1. *Ius utendi* - uso 2. *Ius fruendi* - disfrute 3. *Ius vindicandi* - reivindicar El poseedor no puede disponer	Confiere algunas facultades: 1. *Ius utendi* - uso 2. *Ius fruendi* - disfrute 3. *Ius abutendi* - disponer. Conocido como el *ius disponendi*. 4. *Ius vindicandi* - reivindicar
Posesión vacua, vacía	Propiedad vacua, sin dueño
Posesión con o sin título	Titularidad de un derecho
La posesión se extingue si un tercero demuestra su derecho de poseer por más de un año.	Se extingue por plazos dilatados y demostrada la posesión de un tercero.
La prueba se da en virtud de la visibilidad de los actos posesorios.	La prueba se da de la existencia de un título.
Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.	Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.
Semejanzas	
Derecho real	
Ambas protegidas por la ley	
Cuentan con mecanismos de defensa	
La propiedad se exterioriza en la posesión	

Anexo 2. Diferencias y semejanzas entre posesión y tenencia

Diferencias	
Posesión	**Tenencia**
Derecho real	Es producto de una relación de derecho
Poder de hecho El poseedor no es propietario	Poder de hecho No es propietario ni poseedor
Animus posidendi	No hay *animus posidendi*, solo *animus detinendi*
Contenido	Contenido
1. *Ius utendi* - uso 2. *Ius fruendi* - disfrute 3. *Ius vindicandi* - reivindicar	1. *Ius utendi* - uso
Individualidad	Dependencia
No tiene grados	Cuenta con grados
Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.	Artículo 897.- No es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.
Semejanzas	
Ambas protegidas por la ley	
Acciones posesorias	

UNIVERSIDAD DE LIMA
SCIENTIA ET PRAXIS

Tomo 2

Enrique Varsi Rospigliosi

TRATADO DE DERECHOS REALES

Posesión y propiedad

Este libro trata del análisis sociojurídico de la posesión (poder hecho) como derecho transitorio (temporal y momentáneo) y del desarrollo de la propiedad (poder de derecho) como derecho definitivo (permanente y total). El estudio se centra en un análisis dogmático y práctico que busca interrelacionar, con el quehacer contemporáneo que estas figuras van teniendo, las diversas teorías doctrinarias, los más recientes planteamientos jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional peruanos, y los precedentes de observancia obligatoria dados por el Tribunal Registral de la SUNARP. De esta manera, se analizan, a la luz de los nuevos principios de economía social de mercado, las normas del Código Civil y de las leyes complementarias, a la par del tratamiento constitucional que en materia de derechos reales tenemos.

Acorde con la metodología utilizada en el tratado, el análisis incluye los antecedentes, el concepto, la definición, las características, la naturaleza jurídica, los elementos, las clases, la importancia, las facultades, las formas de adquisición y extinción, los principios rectores, entre otros. Estos son imprescindibles para realizar un estudio comparativo y aplicativo de la posesión y la propiedad, así como de las diversas figuras que conforman los derechos reales (el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la superficie).